



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Cérebro Adolescente e Responsabilidade Penal – das neurociências para o direito, uma falácia?

ANTONIETA LÚCIA MAROJA ARCOVERDE NÓBREGA
ALUNA - 27269

MESTRADO CIENTÍFICO EM
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS
ORIENTADOR: PROF DOUTOR AUGUSTO SILVA DIAS
LISBOA 2018

ANTONIETA LÚCIA MAROJA ARCOVERDE NÓBREGA

**Cérebro Adolescente e Responsabilidade Penal – das
neurociências para o direito, uma falácia?**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em
Ciências Jurídico-Criminais da
Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa para a obtenção do Título de
Mestre em Ciências Jurídico- Criminais.

Orientador: Prof. Dr. AUGUSTO SILVA
DIAS

Lisboa 2018

ANTONIETA LÚCIA MAROJA ARCOVERDE NÓBREGA

**Cérebro Adolescente e Responsabilidade Penal – das
neurociências para o direito, uma falácia?**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Augusto Silva Dias

Orientador

Examinador

Examinador

Examinador

Lisboa 2018

Agradecimentos

Ao final de quase três anos em que o desafiante meio acadêmico se somou às minhas múltiplas atividades habituais, muitos agradecimentos hão de ser externados. Com a certeza de que não conseguirei esgotá-los, manifesto minha gratidão a todos que, de maneira direta ou indireta, contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Aos meus pais, José Carlos Arcoverde Nóbrega (*in memoriam*) e Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega, pelo exemplo de dignidade e honradez, pelo amor e pelo apoio incondicional. À minha mãe, ainda, pela presença amiga e constante, e por ter renunciado aos seus interesses para acompanhar-me na caminhada lisboeta.

Aos meus filhos, Djair Nóbrega Neto, Clara Nóbrega e Nicole Maroja Nóbrega Santos, por constituírem a mola propulsora de toda a minha luta e consequentes vitórias, dando-me força para prosseguir até mesmo quando o cansaço e o desapontamento tentam me dominar. Ao meu neto Theo Nóbrega e minha nora Camila Lígia Nóbrega que também são definidos como os filhos.

Aos professores do mestrado, Professor Doutor Augusto Silva Dias, pelas lições elegantemente repassadas, pelo exemplo de cultura jurídica e força de viver, e por ter alargado meus horizontes com as ponderações certas que resultaram neste trabalho; ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes referência intelectual que será sempre uma inspiração, ensinou-me a converter conhecimento prático em acervo acadêmico-científico, é a personificação da excelência na arte de lecionar; à Professora Doutora Carlota Pizarro Almeida que, com seus questionamentos perspicazes fez-me buscar novas soluções para os já conhecidos problemas jurídicos, e à Professora Doutora Maria Fernanda Palma, que despertou em mim o interesse pelas neurociências.

Aos professores de toda a vida, em especial aos Doutores Carlos e Otaviana Jales Costa, e ao Doutor Octavio García Pérez, pelo incentivo nesta árdua tarefa, e por abrandarem minhas inquietações.

Aos servidores e agregados do Fórum da Infância e Juventude que se reinventaram na minha ausência, incentivando-me nos estudos, meu muito obrigada nas pessoas de Maria de Fátima Miranda e Andrea Monteiro. Igualmente aos magistrados, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública que mantiveram os trabalhos em bom curso enquanto estive afastada da jurisdição.

Aos meus amigos e familiares, brasileiros e portugueses, que me apoiaram neste projeto e me encorajaram ao longo da vida, agradeço a todos em nome de Jackson Carvalho e Aparecida Maia.

Ao Tribunal de Justiça da Paraíba, à Associação dos Magistrados Brasileiros e à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que viabilizaram a realização deste projeto com o qual tanto sonhei.

A Deus pelo dom da vida e proteção diuturna.

“O importante não é aquilo que fazem de nós; mas o que nós mesmos fazemos do que os outros fizeram de nós”.

Jean-Paul Sartre. L'être et le neant, 1943.

RESUMO

O presente estudo visa analisar as peculiaridades do desenvolvimento cerebral do adolescente, ainda incompleto, à luz das neurociências, corroboradas pela psicologia e outras áreas do saber, para então perceber a faixa etária em que a pessoa deve ser responsabilizada por atos descritos em lei como crime, passando por uma análise dos sistemas penais de adulto e de adolescente hodiernos, a fim de indicar aquele que melhor se amolda ao adolescente em conflito com a lei, diante da sua peculiar condição de desenvolvimento biopsicossocial. Para tal desiderato, percorre-se o caminho do cérebro social do jovem, sua aquisição moral e liberdade de decisão, confrontando esse universo com os atuais dilemas que permeiam a responsabilidade juvenil, como é o caso da mítica inimputabilidade e da dialética da punição com proteção existente nos sistemas especiais direcionados ao adolescente em conflito com a lei, cotejando-os com os institutos jurídicos aplicados aos adultos. Nessa perspectiva pondera-se a necessidade da fixação da idade penal mínima e da validade da utilização dos conhecimentos neurocientíficos da atualidade como norteador do ordenamento jurídico neste tema.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente; Cérebro; Peculiar condição de desenvolvimento; Neurociências; Interdisciplinariedade; Imputabilidade; Responsabilidade Penal; Direito Penal Juvenil.

ABSTRACT

This thesis aims at analyzing the peculiarities of adolescent brain development, still incomplete, in the light of neurosciences, corroborated by psychology and other areas of knowledge, to then understand the age group in which the person should be held in culpability for acts described in law as a crime, through an analysis of the modern criminal systems of adult and adolescent, in order to indicate the one that best conforms to the adolescent in conflict with the law, given its peculiar condition of biopsychosocial development. Therefore, the path of the young's social brain, its moral acquisition and freedom of decision, is confronted with the current dilemmas that permeate juvenile responsibility, as is the case of mythical non-imputability and the dialectic of punishment with protection existing in the special juvenile systems, comparing them with the legal institutes applied to the adults. From this perspective, it is necessary to establish the minimum age for adjudication in the adult court system and the validity of the use of current neuroscientific knowledge as the guiding principle of the legal system in this area.

KEYWORDS: Adolescent; Brain; Peculiar developmental condition; Neurosciences; Interdisciplinarity; Imputability; Criminal responsibility; Juvenile Criminal Law.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACC	córtex cingulado anterior
AI	ínsula anterior
ampl.	ampliada
atual.	atualizada
CDC	Convenção dos Direitos da Criança
CF	Constituição Federal
coord.	coordenação, coordenador, coordenadora
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil
ed.	edição, editor, editora
EEG	eletroencefalografia
fMRI	ressonância magnética por imagem
<i>Idem</i>	mesmo autor ou mesma obra
<i>Ibidem</i>	mesmo autor, na mesma obra
IFG	giro frontal inferior
IPS	sulco interparietal
LTE	Lei Tutelar Educativa de Portugal
MEG	magnetoencefalografia
mPFC	córtex pré-frontal medial e a junção temporoparietal
MRI	ressonância magnética por imagem
<i>op. cit.</i>	do latim <i>opus citatum</i> , obra citada
reimp.	reimpressão
rev.	revisão, revisor, revisora, revista
s., ss.	seguinte, seguintes
superv.	supervisão, supervisor, supervisora
pSTS	sulco temporal superior
trad.	tradução, traduzido
<i>v.g.</i>	do latim <i>verbis gratia</i> , por exemplo
vol.	volume
vs	do latim <i>versus</i> , contra

Sumário

Introdução.....	10
I – Um encontro marcante	13
II - Descortinando o cérebro juvenil	16
1. Cérebro adolescente – sua singularidade	17
2. Aquisição moral	24
3. Liberdade de decisão	30
III - O adolescente e o crime - dilemas do direito	37
1. A quebra da ordem jurídica	38
2. Inimputabilidade não é impunidade	43
3. Punir e proteger – uma dialética conciliável	56
IV – Desmistificando a idade penal.....	64
1. Para cada cultura uma idade penal?	64
2. A gravidade do ato deve determinar a idade penal?	71
3. Idade mínima pra quê?	76
V – Neurociências, psicologia e direito – uma relação promissora.....	87
1. Responsabilidade penal do adolescente – convenção ou ciência?	87
2. Liberdade e determinismo	91
3. Enfrentando as falácias	95
Conclusão	104
Anexo	113
Tabela comparativa em diferentes Países: Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos.....	114
Referências	121

Introdução

A responsabilidade penal do adolescente é tema cuja polêmica sempre se renova, tendo em vista a crescente violência urbana, com envolvimento efetivo de jovens nos mais diversos episódios infracionais, bem como, pelos avanços de múltiplas ciências acerca da cognição, maturidade, aquisição de valores morais e liberdade de agir durante essa fase da vida.

A idade mínima para a responsabilização por atos tipificados como crimes assume destacada relevância, constituindo-se em matéria alvo de diversos instrumentos internacionais, mormente por se reconhecer a prioridade na educação e inserção social do adolescente, visando sempre seu superior interesse.

Não resta dúvida, a fixação da maioridade penal, como política criminal que é, constitui-se em um dos indicativos do comprometimento do Estado no resguardo dos direitos humanos e da dignidade da pessoa, assim como o seu papel enquanto ente democrático de direito interno e perante a comunidade internacional.

Por outro lado, a psicologia cognitivo-evolutiva, ao lado das neurociências, tem trazido à tona novos conceitos acerca da liberdade de decisão do adolescente e do adulto jovem, sua capacidade de resistir aos impulsos em situação adversa e respectiva capacidade de agir conforme os valores éticos e morais adquiridos até então.

Nesse contexto, o presente trabalho adota uma perspectiva descritivo analítica acerca do Direito Penal do Adolescente, ou, como é mais conhecido, o Direito Penal Juvenil, perspassando por conceitos já estabelecidos ou trazendo nova proposta de visão das ciências jurídico-criminais em interação com as ciências biológicas, em busca de uma resposta acerca da necessidade de fixação da idade mínima para que a pessoa seja responsabilizada pelo cometimento de fato descrito em lei como crime.

Alguns questionamentos devem ser respondidos para que se chegue às conclusões almejadas. Vejamos: Qual a motivação e os critérios do Estado Democrático de Direito para criminalizar uma conduta e aplicar uma sanção ao agente? Seria a liberdade de decisão – autodeterminação - pressuposto da responsabilidade penal? Deve o adolescente ser inserido no sistema penal dos adultos? Que critérios devem prevalecer na responsabilização penal juvenil? Segundo as modernas evidências trazidas pelas neurociências e pela psicologia existe diferença entre o funcionamento do cérebro de um adolescente e de um adulto? Considerando esses dados científicos, tem o adolescente a mesma capacidade do adulto para tomar uma decisão, notadamente acerca de cometer ou não um crime? A idade de responsabilização pelo cometimento de ato descrito como crime deve variar conforme a cultura em que vive o infrator? A idade penal deve variar em razão da gravidade do fato? O superior interesse do adolescente e sua peculiar condição de desenvolvimento biopsicossocial são respeitados quando o sistema punitivo varia em razão da gravidade do fato? Os saberes neurocientíficos devem influenciar a fixação da idade penal ou isso incorreria em uma falácia, ante a crise da liberdade de decisão como pressuposto da culpa e o determinismo dos neurocientistas radicais?

Os capítulos que seguem buscam elucidar estes questionamentos, visando uma solução justa e adequada à determinação da idade de responsabilização criminal de jovens infratores.

No primeiro capítulo analisa-se o caso *Roper vs Simmons* em que a Suprema Corte estadunidense se valeu de subsídios das neurociências para rever a pena capital fixada a um jovem que cometeu homicídio quando tinha 17 anos de idade e foi julgado como adulto. A partir da revisão desse caso o mundo jurídico passou a questionar a validade da aplicação dos conhecimentos neurocientíficos para nortear o direito e, sobremaneira, o Direito Penal.

O segundo capítulo dedica-se a investigar o funcionamento do cérebro adolescente e do adulto jovem, suas sinapses e sua diferença em relação ao adulto que atingiu a maturidade, bem como o caminho percorrido pela

informação para a tomada de decisão, a liberdade desta e a capacidade de agir em conformidade com tal consciência.

No terceiro capítulo serão analisadas a quebra da ordem jurídica e a punição, perspassando pelos dilemas que assolam a comunidade jurídica e a sociedade em geral no que tange à inimizabilidade do adolescente e sua aparente impunidade, até chegar à punição aplicada ao jovem e as peculiaridades do sistema especial de garantias em que se dá sua responsabilização.

Em seguida, o quarto capítulo cuida da influência das diferenças culturais sobre o comportamento do adolescente e do adulto jovem, para perceber se elas justificam eventual mudança de paradigma para a responsabilidade penal do adolescente e faz-se uma reflexão acerca da observância dos direitos e garantias instituídas nos instrumentos internacionais nos casos em que a legislação remete o adolescente para o sistema juvenil ou o adulto, a depender da gravidade da infração cometida, culminando com a opinião da autora acerca da faixa etária ideal para a responsabilização criminal.

Depois, no quinto capítulo, analisa-se a aplicabilidade das ciências biológicas no direito, enfrentando alguns problemas que essa interação pode despertar, como a crise entre a liberdade de decisão, o determinismo e as falácias naturalista e mereológica das neurociências.

Por fim, nas conclusões, esta aluna emite sua opinião crítica acerca de todo o conteúdo exposto neste trabalho com as lentes de profissional que atua na Justiça da Infância e Juventude em seu cotidiano.

I – Um encontro marcante

O caso *Roper vs Simmons*, da Suprema Corte Americana, 2005, ficou conhecido mundialmente como o despertar para uma nova realidade em que os conhecimentos neurocientíficos a respeito do funcionamento do cérebro adolescente passaram a ser considerados, quando está em causa a responsabilidade criminal de um jovem, sua capacidade de cumprimento da punição e sua dignidade como pessoa humana.

Esse caso rompeu padrões anteriormente solidificados naquele país e vem influenciando a jurisprudência das Cortes Americanas e do mundo, demonstrando que as ciências jurídicas são conciliáveis com as ciências biológicas e devem andar de mãos dadas para promover uma melhor distribuição de justiça.

A partir da revisão desse caso, surgiu o questionamento acerca da aplicabilidade, ou não, dos conceitos neurocientíficos para informar as ciências jurídicas, surgindo diversas teses antagônicas acerca da matéria que passa a interessar não apenas às ciências biológicas ou jurídico-penais, mas a todos os ramos que se correlacionam com a responsabilidade penal e com a dignidade da pessoa humana.

O supramencionado ato infracional foi cometido em 1993, por Christopher Simmons, à época com 17 anos de idade. O jovem convenceu dois amigos a entrarem com ele em uma residência para roubar e matar quem lá encontrassem. Em um dos quartos estava a vítima Shirley Crook, tendo esta e Simmons se reconhecido mutuamente ao se visualizarem, eis que já haviam se envolvido em acidente de carro anterior a esse fato. Isso reforçou no jovem a decisão de matar a referida mulher. O adolescente amarrou a vítima, colocou-a em seu veículo e, de uma ponte, jogou-a em um rio, onde ela morreu afogada¹.

¹ Caso detalhadamente narrado e analisado em: POZUELO PÉREZ, Laura. Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente – *Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1127.pdf>, acessado em 12/6/2017, p. 14 e ss. A autora menciona toda a trajetória do caso que tomou as seguintes identificações: *State vs. Simmons*, 944

Em 1997 Simmons foi condenado à morte pela Suprema Corte de Missouri. O jovem foi julgado como adulto, posto que a maioria penal naquele estado se dá aos 16 anos de idade.

Depois de reiteradas apelações, em 2003, a Suprema Corte de Missouri comutou a pena de morte de Simmons por prisão perpétua, sob o fundamento de que a pena de morte aplicada a quem cometeu o crime com menos de 18 anos afrontava a Emenda Oitava da Constituição dos Estados Unidos da América, por impingir castigo cruel e incomum a adolescente.

O caso passou a ser conhecido como *Roper vs Simmons* quando o Ministério Público recorreu dessa decisão, levando-a à apreciação da Suprema Corte Americana, colacionando relatórios produzidos por associações e academias médicas e psiquiátricas especializadas em criança e adolescente as quais, em suma, afirmavam que a mente dos adolescentes funciona de forma diferente da dos adultos.

Destacavam tais relatórios que os adolescentes, como grupo, são mais impulsivos, subestimam os riscos e supervalorizam os resultados a curto prazo; são mais susceptíveis ao estresse, mais voláteis emocionalmente e menos capazes de controlar suas emoções, não sendo possível esperar que o adolescente médio haja com o mesmo controle e previsibilidade de um adulto².

Decisão semelhante, baseada na ofensa à Oitava e à Décima Quarta Emendas Constitucionais já haviam, inclusive foi a partir do caso *Atkins vs Virginia*³, que Simmons voltou a recorrer da sua condenação. A grande novidade neste caso é que os cinco julgadores que foram a favor da comutação da pena de Simmons, encabeçados por Anthony Kennedy, embora tenham fundamentado a decisão na questão constitucional, levaram em consideração os elementos trazidos por neurocientistas a respeito da capacidade e do comportamento do adolescente, sendo a primeira vez que a

S.W.2d 165 (Mo. banc 1997); State ex rel. Christopher Simmons vs Roper (2003) e Roper vs Simmons, 543 U. S. 551 (2005). Ainda é interessante saber que Roper é o nome do Diretor do Presídio em que Simmons cumpria a pena. Interessante análise também é feita em: STEINBERG, Laurence *et al.* *Are adolescents less mature than adults?* Em: *American Psychologist*, outubro/2009, vol. 64, n. 7, 583-594.

² POZUELO PÉREZ, Laura. *Idem*, p. 15.

³ O caso da Suprema Corte Americana *Atkins vs Virginia*, tomou o número 536U.S.304,2002. *Ibidem*, p.14.

Suprema Corte Americana se baseou nas neurociências para decidir um caso⁴. Evidentemente, esses argumentos e o fato de os Estados Unidos estarem, a partir de então, se alinhando com o entendimento internacional acerca da vedação da pena de morte para menores, não foram aceitos pelos quatro julgadores vencidos.

Em decisões mais recentes, como os casos *Graham vs Florida* e *Miller vs Alabama*⁵, de 2010 e 2012 respectivamente, a Suprema Corte Americana fixou o entendimento de que o cérebro adolescente continua amadurecendo até a adolescência tardia, ou seja, a idade adulta jovem, com revelações científicas da existência de diferenças fundamentais entre o cérebro de um adolescente e o cérebro de um adulto.

No caso *Miller vs Alabama*, em que as associações nacionais de psicologia, psiquiatria e serviços sociais funcionaram como *amici curiae*, a sentença da Corte Suprema reconheceu que está cada vez mais claro que o cérebro adolescente não está completamente amadurecido em regiões e sistemas relacionados a funções executivas de alto nível, como o controle de impulsos, o planejamento e a esquivas de riscos. Ainda, asseverou que essa imaturidade anatômica e funcional está em consonância com a demonstrada imaturidade psicossocial dos jovens⁶.

Diante desses casos, necessária se faz uma investigação aprofundada acerca dos novos conhecimentos agregados pelas neurociências ao universo das disciplinas que tentam elucidar os mistérios do cérebro, da mente e do comportamento humano, e em que medida esse acervo deve ser absorvido pelo direito.

⁴ POZUELO PÉREZ, *op. cit.* nota 1, pp. 17-18. Esmiuçando o caso *Roper vs Simmons*, os argumentos do Juiz Anthony Kennedy e a introdução dos conceitos neurocientíficos nos julgados da Suprema Corte Americana, ver também: STEINBERG, Laurence *et al.* *Are adolescents less mature than adults?* *op. cit.* nota 1, pp. 583-594.

⁵ *Graham vs Florida* (560 U.S., 2010) e *Miller vs Alabama* (567 U.S., 2012), são citados por Pozuelo Pérez, *cit. nota 1*, p. 17, demonstrando que a jurisprudência, inclusive evoluiu para reconhecer que os traços mentais e as vulnerabilidades ambientais característicos do adolescente não podem ser considerados apenas nos casos dos delitos de homicídio, devendo ser também considerados em outros crimes, em razão de também neles prevalecerem as características dessa faixa etária.

⁶ POZUELO PÉREZ, *cit. nota 1*, p. 17.

II - Descortinando o cérebro juvenil

Os mistérios da mente humana vêm sendo investigados desde o dualismo cartesiano, em que corpo e mente pertenciam a universos inconciliáveis, sendo o corpo tratado pelas ciências enquanto o espírito e a consciência ficavam a cargo da religião; a psicanálise de Freud que, através das conversas com seus pacientes, prenunciou a influência do inconsciente nas ações humanas; a teoria construcionista de Piaget acerca do desenvolvimento cognitivo e moral em um modelo de estágios, com os avanços trazidos por Kohlberg na psicologia evolucionista e, mais recentemente, as neurociências, que visam desvendar as ligações fisiológicas e biológicas do comportamento e da mente humana, através da leitura das funções cerebrais, por diversos meios, destacando-se a imagiologia⁷.

É certo que o funcionamento cerebral é diferente em cada fase da vida, até chegar à maturidade. A aquisição moral, as sinapses neuronais e o caminho percorrido até a tomada de decisão, a liberdade desta e a capacidade de agir em conformidade com tal consciência, em muito se diferenciam nas diversas faixas etárias. Necessário, então, recorrermos às ciências especializadas no cérebro e na mente humana para que possamos melhor compreender o tema.

A abordagem que segue é ainda embrionária, tendo em vista que, apesar de resultar de uma investigação multidisciplinar, parte da compreensão de uma profissional do direito, que embora muito se interesse pelo assunto, é neófito na busca dos conhecimentos biológicos, fisiológicos e filosóficos que

⁷ A evolução dos estudos acerca dos processos mentais que levam à consciência é magistralmente retratada em: BUSER, Pierre. *L'inconscient aux mille visages*. Paris: Odile Jacob, 2005, pp. 13-15 e ao longo de toda a obra. Acerca da revelação do cérebro humano através de técnicas de imagem: SILVA DIAS, Augusto. "Cérebro social", diversidade cultural e responsabilidade penal. Em: Maria Fernanda Palma (dir.) *Anatomia do Crime*. n. 3. – Coimbra: Almedina, janeiro-junho/2016. E sobre os avanços apresentados nas teorias de Piaget e Kohlberg: SLACHEVSKY, Andrea *et al.* *La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral*. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872009000300015; acessado em 10/7/2017.

permeiam o funcionamento do cérebro e da mente humana, cujos meandros ainda não se fazem pacificados nem mesmo dentre os *experts* na matéria.

1. Cérebro adolescente – sua singularidade

A imaturidade dos jovens, cujo conhecimento se limitava ao universo das deduções de pais, professores e familiares críticos que acompanhavam o desenvolvimento deles, hoje é objeto de aprofundada pesquisa científica que ultrapassa as fronteiras do que era imaginado, não obstante confirme aquilo que já era intuído.

Através dos conhecimentos trazidos pela psicologia, sobretudo a evolutiva, revelou-se que o adolescente tem diminuída percepção do risco, é naturalmente impulsivo, tem menor capacidade de tomar decisões e de planejá-las, assim como tende a buscar sensações novas e gratificação imediata, é mais susceptível à pressão do grupo, tem menor capacidade de controlar seus estados emocionais e dirige seus atos ao presente, sem pensar no futuro⁸.

As neurociências, que despontaram nas últimas décadas e já mostram que vieram para influenciar as mais variadas áreas do saber humano, têm robustecido essas investigações e revelado a evolução do cérebro com significativa diferença da criança para o adolescente e deste para o adulto, sobretudo através de imagens obtidas pela ressonância magnética ou *functional Magnetic Ressonance Imaging* – fMRI –, além de outras técnicas como a eletroencefalografia – EGG – e a magnetoencefalografia - MEG⁹.

Ao traçar a trajetória do amadurecimento cerebral humano, Blakemore¹⁰ afirma que um cérebro adulto tem cerca de 100 bilhões de

⁸ Sobre a necessidade de um sistema penal diferenciado para o adolescente em razão de suas características comportamentais apontadas pela psicologia evolutiva, elencando-as e citando diversos autores da matéria: POZUELO PÉREZ, Laura. *Sobre la responsabilidade penal de um cerebro adolescente* – cit. nota 1, p. 4.

⁹ Descrevendo as especificidades de cada uma dessas técnicas: PAUS, Tomás. Desenvolvimento do cérebro na adolescência. Em: Crianças e Adolescentes. Antônio Castro Fonseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho de 2010, pp. 248-253.

¹⁰ BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The Social brain of a teenager*. Disponível em: <https://thepsychologist.bps.org.uk/volume-20/edition-10/social-brain-teenager>, publicado em outubro de 2007, acessado em 20/5/2017, pp. 600 – 601, inicialmente citando Huttenlocher, P.R. *Synaptic density in human frontal cortex: developmental changes and effect of aging*. *Brain*

neurônios, apenas um pouco mais do que se tem no nascimento. Aduz que os neurônios crescem, mas são as conexões entre células – sinapses – que fazem as transformações mais significativas. Explica que até os 3 anos de idade as sinapses apenas se proliferam começando, então, um processo de poda ou eliminação em que as conexões mais utilizadas são fortalecidas, enquanto as menos usadas são eliminadas. Destaca que as diferentes áreas do cérebro se desenvolvem em ritmos diversos.

Esclarece Blakemore que antigamente os estudos nessa área eram escassos em razão da utilização de cadáveres para as pesquisas, tornando-as escassas em razão da pequena mortalidade na adolescência. Assevera, que com o surgimento da ressonância magnética por imagem, estudos desenvolvidos em largas amostras de participantes vivos confirmam que a área cortical continua a se desenvolver por toda a adolescência e até a vida adulta, percebendo-se que as áreas associadas às funções básicas motoras e sensoriais amadurecem muito antes do que aquelas ligadas às funções cognitivas¹¹.

Destacando essa realidade, Adolphs¹², sustenta que um dos pontos de interesse acerca dos aspectos evolutivos e de desenvolvimento do tamanho do cérebro humano é que os seres humanos são altamente altriciais - os cérebros dos recém-nascidos são muito imaturos e seu desenvolvimento, incluindo o desenvolvimento social, ocorre durante um período prolongado de muitos anos. Ilustrando sua colocação, aduz que o cérebro humano no nascimento tem cerca de 25% do tamanho – peso - que atingirá na idade adulta, configurando significativa diferença com os primatas que mais se aproximam dos humanos, os chimpanzés que têm cerca de 50% do tamanho do cérebro adulto à nascença, e o cérebro dos macacos que têm cerca de 70% do seu tamanho adulto ao nascer. Arremata frisando que essas diferenças no tamanho do

Research, 1979, pp. 163, 195 – 205, para depois citar diversos autores em obras recentes. Aliás, há quem afirme que o córtex pré-frontal, ligado a funções cognitivas como controle da impulsividade, juízo de valor e aquisição moral, se desenvolve até chegar a terceira década de vida. Nesse sentido: SLACHEVSKY, A *et al.* *Córtex prefrontal y trastornos del comportamiento: Modelos explicativos y métodos de evaluación*. cit. nota 7, p. 2.

¹¹ BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *Idem*, pp. 163, 195 – 205.

¹² Conclusões de ADOLPHS, Ralph. *The Social Brain: Neural Basis of Social Knowledge*. Em: *Annu Rev Psychol.* 2009; 60: 693–716.

cérebro neonatal em relação ao cérebro adulto espelham as diferenças das espécies quanto à duração de seu desenvolvimento e sua dependência do apoio social durante esse desenvolvimento.

De fato, contradizendo entendimento prévio de que havia uma maturação do desenvolvimento social cognitivo completo ainda na infância, a literatura científica tem mostrado nas últimas décadas fortes indicativos de que o cérebro sofre profundas mudanças anatômicas ao longo do processo de maturação biológica da infância para a adolescência e até a fase adulta. Nesse sentido, Wang¹³, faz ver que quando expostos a situações de alta demanda da atividade cognitiva social, v.g. o entendimento de ironias e o sentimento de culpa, ocorre no adolescente um ínfimo recrutamento da região medial do córtex pré-frontal, quando comparado com a atividade cerebral do adulto.

Nesse contexto, desponta o interesse pelo que Blakemore chama “cérebro social” e define como sendo “a rede de regiões do cérebro que estão envolvidas na compreensão dos outros”¹⁴, destacando que em humanos, as partes que compõem o cérebro social passam por um desenvolvimento estrutural, incluindo a reorganização sináptica, que perdura por toda a adolescência.

Explicita a autora que o comportamento relacionado à cognição social muda consideravelmente ao longo da adolescência humana, em face das mudanças funcionais que ocorrem no cérebro social durante esse período, em particular no córtex pré-frontal medial e no sulco temporal superior, que apresentam atividade alterada durante a execução de tarefas cognitivas sociais, como reconhecimento facial e atribuição de estado mental.

Esmiuçando esse processo, sustenta Blakemore, que as principais regiões que compõe o cérebro social podem ser assim elencadas: mPFC - o córtex pré-frontal medial e a junção temporoparietal, envolvidos no pensamento sobre o estado emocional, sendo o último relacionado a inferências de um

¹³ WANG, A.T. *et al.* *Developmental changes in the neural basis of interpreting communicative intent*. Em: *Social Cognitive Affective Neuroscience*, 2006, 1, 107-21. No mesmo sentido: BURNETT, S. *et al.* *Development during adolescence of the neural processing of social emotion*. *Journal of Cognitive Neuroscience*, 2009, 21, 1736-50.

¹⁴ BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The social brain in adolescence*. Em: *Nat Rev Neurosci*. 2008 Apr;9(4):267-77. doi: 10.1038/nrn2353.

indivíduo em relação ao estado mental de outros; pSTS – o sulco temporal superior, ativado através da observação de faces e de movimentos biológicos, ou seja, na decodificação de gestos sociais complexos; IFG - giro frontal inferior; IPS - sulco interparietal, na superfície lateral do cérebro e, na região medial cerebral: a amígdala; AI - a insula anterior; ACC - o córtex cingulado anterior, como se ver na figura X, que segue.

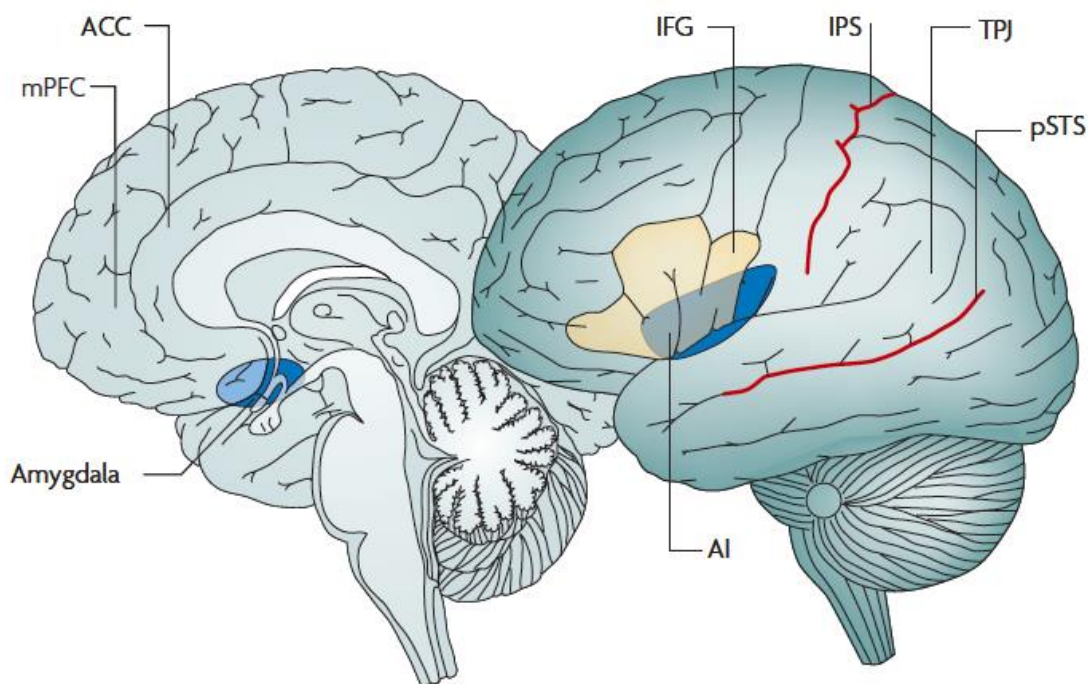


Figura X: Regiões do cérebro social. mPFC (córtex pré-frontal medial); TPJ (junção temporoparietal); pSTS (sulco temporal superior); IFG (giro frontal inferior); IPS (sulco interparietal); amígdala (amígdala) AI (ínsula anterior); ACC (córtex cingulado anterior). Adaptada de Blakemore, 2008, cit. nota 14.

Mills¹⁵ e seus colaboradores, ao investigarem 288 participantes submetidos a ressonância magnética de alta resolução a cada 2 anos, entre as idades de 7 e 30 anos, encontraram que há um pico no volume da substância cinzenta das regiões do cérebro social entre os 9 e os 12 anos de idade, com substancial declínio até a fase adulta.

¹⁵ Conclusões retiradas da integralidade do artigo de: MILLS, K.L. *et al. Developmental changes in the structure of the social brain in late childhood and adolescence*. Em: SCAN (2014) 9, 123-131.

No mesmo sentido são as conclusões de Slachevsky¹⁶ e seus colaboradores, que através de experiência prospectiva tomaram por base imagens de ressonância magnética nuclear cerebral, feitas ao longo de uma década, a cada dois anos, em pessoas que inicialmente tinham entre 4 e 21 anos, constatando que as regiões dorso-lateral e orbi-frontal do córtex pré-frontal apresentam mudanças significativas entre os 12 e os 30 anos de idade e somente alcançam o volume do cérebro de um adulto depois dos 21 anos.

Esses achados já foram amplamente reportados na literatura, como no estudo de Gogtay¹⁷ e seus colaboradores, que também analisaram o volume da substância cinzenta através de ressonância magnética de alta resolução a cada 2 anos, por 8 a 10 anos, em crianças de 4 a 21 anos de idade e perceberam que há um aumento no volume da substância cinzenta na infância com redução ao longo da puberdade e no início da segunda década de vida.

Frisam que a maturação destacada pelo processo de diminuição do volume da massa cinzenta tem início pelas regiões corticais dorsal e parietal, particularmente nas regiões sensório-motoras. Já o lobo frontal, que envolve o córtex pré-frontal, tem declínio do volume da substância cinzenta apenas no final da adolescência. Essa redução no volume da substância cinzenta é associada à eliminação sináptica, ou poda sináptica, momento em que há uma redução no número de sinapses realizadas.

Importantíssimo destacar que ao haver a poda sináptica, há uma especialização das sinapses restantes, ajustando as conexões em redes funcionais eficientes, gerando processamento cognitivo mais robusto e um desempenho melhor nas conexões cognitivas com o passar da idade¹⁸. Tal processo é facilmente observado na figura y, que segue:

¹⁶ SLACHEVSKY, Andrea; *et al.* *La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral.* cit. nota 7, p. 2-3.

¹⁷ GOGTAY, Nitin; *et al.* *Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood.* Em: *Proc Natl Acad Sci U S A.* 2004 May 25; 101(21): 8174–8179. Published online 2004 May 17. doi: 10.1073/pnas.0402680101.

¹⁸ BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The social brain in adolescence.* cit. nota 14, pp. 267-277.

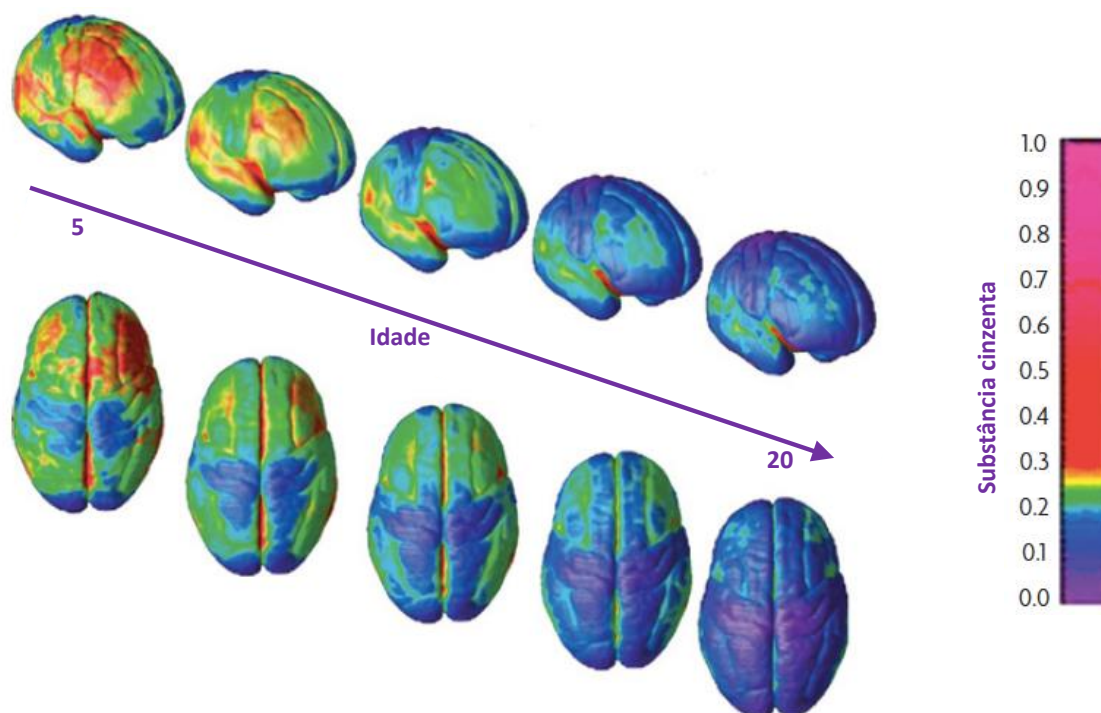


Figura Y: Maturação da substância cinzenta na superfície cortical. A barra lateral representa colorimetricamente as unidades de substância cinzenta. Adaptada de Gogtay et al., 2004¹⁹.

Respalhando tais achados, em recente estudo, Tamnes *et al.*²⁰ analisaram o volume do córtex cerebral, a fim de compreender seu desenvolvimento desde o final da infância até o início da vida adulta, utilizando-se de amostras de 4 recortes longitudinais da área estudada, realizados em 388 pessoas entre os 7 e os 29 anos de idade, num total de 854 varreduras de fMRI.

Repisam os autores que o volume do córtex aumenta até os 2 anos de idade, momento em que há um pico em sua área, depois inicia o processo de desbaste, que começa no final da infância e perdura por toda a adolescência, não tendo sido encontrado qualquer pico de área entre os 7 e os 29 anos de idade. Asseveram, ainda, que estudos anteriores indicam não haver relevante

¹⁹ *Idem*. Reproduzida em: BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The social brain in adolescence.*, cit. nota 14.

²⁰ TAMNES, Christian K. *et al.* *Development of the Cerebral Cortex across Adolescence: A Multisample Study of Inter-Related Longitudinal Changes in Cortical Volume, Surface Area, and Thickness.* Em: *The Journal of Neuroscience*: vol. 37, nº. 12, 2017, p. 3402-3403 e 3408-3410.

variação de espessura no córtex cerebral entre os 23 e os 87 anos de idade, o que foi corroborado no achado atual²¹.

Convém registrar que o volume cortical considerado por Tamnes²² é determinado pela área da sua superfície e por sua espessura, que são influenciadas pelos processos evolutivo, genético e celular, evidenciando mudanças relacionadas a cada fase da vida humana, justificando que a variação do volume cortical durante a adolescência e o início da vida adulta, no processo de desenvolvimento cerebral que envolve aumento do calibre e mielinização dos axônios, e no fato de que a sinaptogênese precoce é seguida pela poda neuronal - ou sináptica - que naturalmente vai acontecendo no que tange àquelas conexões menos utilizadas.

Explicando todo esse processo, segundo Steinberg²³, o aumento do *risk-taking* entre a infância e a adolescência é resultado de mudanças ligadas à puberdade que ocorrem no cérebro - córtex pré-frontal, por ele apontado como sistema sócio-emocional -, principalmente pelo remodelamento do sistema dopaminérgico. Como consequência, tem-se o aumento da busca por recompensas e a alta influência dos pares. Já o declínio desse estímulo no início da fase adulta é causado pela maturação do sistema cognitivo, como já relatado, e é associado ao aumento da capacidade do indivíduo em se autorregular.

Percebe-se, desde já, que durante a adolescência e o início da vida adulta, as conexões mais utilizadas no cérebro humano são preservadas e aquelas menos utilizadas são descartadas. Assim, as diferentes ações do nosso organismo correspondem a sinapses específicas para cada uma, que ocorrem em áreas também específicas do cérebro, e que se encontram em franca seleção durante a adolescência, exurgindo, dessarte, a importância do encaminhamento, positivo ou negativo, que será dado ao jovem nessa fase essencial do seu desenvolvimento cerebral.

²¹ *Ibidem*.

²² TAMNES *et al*, cit. nota 20. No mesmo sentido é a explanação de: BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The Social brain of a teenager*. cit. nota 10, pp. 600 – 601.

²³ STEINBERG, L. *A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking*. Em: *Dev Rev*. 2008 March; 28(1): 78-106. Doi:10.1016/j.dr.2007.08.002. pp. 82, 83, 88, 90, 91.

Ilustrando essa influência, ao analisar entrevistas de 1354 adolescentes infratores, entre 14 e 17 anos, Monahan²⁴ e seus colaboradores, concluíram que, aos 15 anos, a alta exposição à violência está associada com baixos níveis de orientação futura, ou seja, de predição do futuro, e suprime o desenvolvimento dessa capacidade desde os 15 até os 25 anos. Além disso, os pesquisadores evidenciaram que há uma conexão entre testemunhar violência ou vitimização e o declínio no controle impulsivo até um 1 ano após o ocorrido. Nos adolescentes entrevistados percebeu-se, igualmente, que a exposição a esses fatores de risco representa uma barreira no desenvolvimento do autocontrole.

Nesse norte, fácil compreender que a plasticidade do cérebro do adolescente exige que se lhe ofereça convivência com situações, ambientes e pessoas que o estimulem a boas práticas e ao aprimoramento cultural e moral, a fim de preservar nele as ligações cerebrais que favoreçam essa atitude positiva.

Outra conclusão a que se chega através da evolução das neurociências refere-se à diferenciação entre o desenvolvimento cognitivo e a maturidade psíquica, percebendo-se que pessoas a partir de 16 anos de idade têm capacidade cognitiva análoga à dos adultos, contudo, a maturidade psicossocial medida pela impulsividade, percepção de riscos, busca pela emoção e resistência à influência do grupo somente se estabelecem entre os 20 e os 25 anos de idade, em média.

2. Aquisição moral

Ao tratar do comportamento humano, impõe-se também falar da moral, pois vem-nos logo à mente que o comportamento é impregnado de valores morais. Ademais, o interesse pelo estudo da moral tem crescido bastante desde o século passado, sendo abordada pelos vieses psicológico, social, político e científico, ganhando destaque com a psicologia cognitivo-evolutiva.

²⁴ MONAHAN, K.C. *et al.* *The effects of violence exposure on the development of impulse control and future orientation across adolescence and early adulthood: Time-specific and generalized effects in a sample of juvenile offenders.* *Development and Psychopathology* 2015; 27: 1267-1283, pp. 1274 ss.

Precursor do cognitivismo, Jean Piaget defendia que a moral evoluía em dois estágios, o da heteronomia e o da autonomia, explicitando que a obediência da criança para com o adulto favorece uma moral heterônoma, enquanto a cooperação entre pares capacita a criança para uma moral autônoma, tendo em vista que a relação com o adulto, por mais próxima que seja, sempre será hierarquizada pela criança, enquanto que na relação entre pares, a criança se põe no lugar do outro, surgindo a reciprocidade e o respeito mútuo que levam à autonomia²⁵.

A moralidade heterônoma predominaria entre indivíduos de até 8 ou 9 anos, fase em que se vive o egocentrismo e a criança obedece ao adulto por um respeito unilateral, de modo a evitar o castigo. Por outro lado, a moral autônoma se destacaria a partir dos 9 a 11 anos, estabelecendo-se na cooperação mútua entre crianças e destas para com os adultos, a criança se afastaria do egocentrismo, passando a se relacionar com base na igualdade, reciprocidade e acordo, pois ao livrar-se dos constrangimentos impostos pela autoridade adulta, passa a julgar de modo mais autônomo, tratando os outros do modo como gostaria de ser tratada^{26, 27}.

Um dos maiores expoentes nessa área, Lawrence Kohlberg desenvolveu teoria cognitivo-evolutiva que pressupõe interação da pessoa com o meio para que a evolução da moral aconteça. O desenvolvimento moral, segundo essa teoria, decorre de raciocínios de justiça e não de emoções ou de ações, e compõe-se de seis estágios²⁸.

²⁵ SOUSA, Pedro Miguel Lopes de. Desenvolvimento moral na adolescência. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0296.pdf>, acessado em: 19/12/2017, p. 1.

²⁶ *Ibidem*, p. 4.

²⁷ Em interessante abordagem acerca do cognitismo Piagetiano, Nunner-Winkler afirma que o estágio heterônomo em que as normas estabelecidas pela autoridade são inquestionáveis, prevalece entre os 5 e 6 anos de idade, enquanto que aos 7 ou 8 anos, a criança passa para o estágio autônomo, em que as normas decorrem de acordos sociais e decorrem de um livre envolvimento. Em: NUNNER-WINKLER, Gertrude. Juízo moral e motivação moral: seu desenvolvimento na adolescência. Em: Crianças e Adolescentes. António Castro Fonseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho de 2010, p. 375.

²⁸ Acerca de toda a construção da teoria de Kohlberg: BATAGLIA, Patricia Unger Raphael *et al.* A teoria de Kohlberg sobre o desenvolvimento do raciocínio moral e os instrumentos de avaliação de juízo e competência moral em uso no Brasil. Em: Estudos de Psicologia, 15(1), janeiro-abril/2010, 25-32, p. 26.

Assinala Nunner-Winkler²⁹, que Kohlberg, expandiu o modelo proposto por Piaget, fundamentado num paralelismo cognitivo-afetivo, segundo o qual as razões que justificam a norma têm, por si sós, valor motivacional. Propõe, então, uma divisão em 6 estágios agrupados em 3 níveis: o pré-convencional, o convencional e o pós-convencional.

No nível pré-convencional, que vai até os 10 ou 11 anos, o indivíduo julga o certo e o errado apoiado apenas em interesses próprios. Em seu primeiro estágio, obedece às normas pelo medo da punição, seria uma moralidade heterônoma, enquanto no segundo estágio, o indivíduo segue as normas apenas pensando em seus interesses, é um raciocínio moral egocêntrico, baseado no individualismo.

No nível convencional, em que se encontra a maioria dos adultos, a ação moral considerada correta é baseada em convenções advindas de autoridades ou instituições reconhecidas socialmente. No terceiro estágio, portanto, denominado de orientação tipo “bom menino”, o indivíduo age de acordo com as regras sociais de seu grupo e as expectativas que este tem sobre ele, enquanto no quarto estágio, o indivíduo tem a perspectiva da manutenção da ordem social e daquilo que foi proposto pelas autoridades, reconhecendo que todos devem colaborar com a organização social e com as instituições, para evitar o sentimento de culpa.

No nível pós-convencional, atingido por poucas pessoas, o correto é agir de acordo com os princípios morais universais, pautados pela reciprocidade e pela igualdade. No quinto estágio o raciocínio moral considera o contrato social e os direitos individuais, com orientação contratual-legalista, já o estágio sexto é o que considera os princípios éticos universais, tido por Kohlberg como o mais evoluído³⁰.

A par das críticas que sua teoria recebeu por ter como base de pesquisa apenas a moralidade masculina e por não levar em consideração a dimensão afetiva e as emoções, o próprio Kohlberg reconheceu que seu

²⁹ NUNNER-WINKLER, Gertrude. cit. nota 27, p. 375 ss. No mesmo sentido: SOUSA, cit. nota 25.

³⁰ Evolução do pensamento de Kohlberg baseada em: SOUSA e NUNNER-WINKLER, citados nas notas 25 e 27, respectivamente.

posicionamento decorria de atividade interpretativa, hermenêutica, e teve a influência do filósofo Habermas, com quem se comunicava frequentemente.

Aprimorando sua teoria, postulou então que, dentro de um mesmo estágio, o indivíduo poderia se enquadrar nos subestágios A ou B, sendo a forma de raciocínio do A de orientação heterônoma, baseada em regras e na autoridade, enquanto que no subestágio B, com orientação autônoma, os indivíduos baseiam-se em princípios de justiça, moralidade, igualdade e reciprocidade, sendo mais comprometidos com a ação moral³¹.

A teoria do julgamento moral de Kohlberg postula uma sequência universal e, ao contrário da maioria das explicações sociais e psicológicas que considerariam a internalização de valores da sociedade como ponto terminal do desenvolvimento moral – como pretendiam Durckheim, Freud e defensores do behaviorismo -, para Kohlberg a maturidade moral somente seria atingida no momento em que o indivíduo fosse capaz de entender que a justiça é diferente da lei, que algumas leis são moralmente equivocadas e deveriam ser modificadas³².

Nos estágios de Kohlberg, as crianças de até 9 anos, bem como alguns adolescentes e adultos, incluindo uma percentagem de delinquentes e criminosos, teria a moralidade no estágio pré-convencional, o sujeito se colocaria fora da norma moral, não a assimilaria, a lei surgiria como força superior e a obediência somente se justificaria como forma de evitar o castigo³³.

Nessa linha de pensamento, somente por volta dos 10 anos a criança é capaz de assumir a perspectiva de terceira pessoa e adquirir o conceito de imparcialidade, vindo aos 15 ou 16 anos a compreender os fenômenos sociais como sistemas e a necessidade de renúncia à esfera das intenções meramente

³¹ A análise crítica cerca do desenvolvimento moral à luz das teorias de Piaget e Kohlberg, ver: BATAGLIA, Patricia Unger Raphael *et al.* A teoria de Kohlberg sobre o desenvolvimento do raciocínio moral..., cit. nota 28, pp. 25-32, que baseou seus fundamentos em: Kohlberg, Lawrence. *Psicologia del desarrollo moral*. Bilbao, Spain: Desclée de Brouwer, 1992; Colby, A. e Kohlberg, L. *The measurement of moral judgment*. Nova York: Cambridge University Press, 1987 e Habermas, Jünger. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

³² SOUSA, Pedro Miguel Lopes de. *Desenvolvimento moral na adolescência*. cit. nota 25, p. 2.

³³ *Ibidem*. p. 9.

pessoais³⁴, momento em que atingiria o estágio convencional, em que se destacariam diferentes posturas individuais com relação à norma, e segundo Kohlberg experimentalia com relação às expectativas sociais e à ordem, um sentimento de lealdade, esforçando-se por mantê-las e procurando identificar-se com pessoas e grupos que as mantenham³⁵.

O terceiro estágio, pós-convencional, que normalmente é atingido a partir dos 20 ou 25 anos de idade, não chega a ser alcançado por toda a gente. Nesse nível o indivíduo compreende as normas na sua relatividade, suas ações dependem menos das normas morais e sociais vigentes e mais da sua conformidade com princípios universais como o direito à vida, à liberdade ou à justiça, dependendo a obediência à norma de estarem satisfeitos esses requisitos, devendo as leis ser transformadas ou até desobedecidas quando não atenderem a esses requisitos³⁶.

Ainda acerca da aquisição moral, Nunner-Winkler³⁷ afirma que já na infância se adquire a compreensão cognitiva de aspectos constitutivos da moralidade, como a noção de validade categórica da norma e da estrutura da moralidade fundada em princípios. Já na adolescência, a cognição moral é potencializada pela expansão de sistemas de conhecimento substantivo e pelas mudanças ontogenéticas na estrutura das competências de raciocínio. Adverte, por fim, que a moralidade demanda mais que cognição, necessitando de um certo grau de envolvimento motivacional.

Mais adiante, revela que a aquisição moral de uma pessoa de 5 anos não garante que aos 23 ela mantenha o mesmo nível de motivação moral, apenas 5% dos sujeitos mantêm um padrão moral linear. Alerta para o fato de que normalmente o valor preditivo moral aumenta de acordo com o desenvolvimento do sujeito, sendo que 7% das pessoas permanece estável a partir dos 7 anos de idade; 16% a partir dos 9 anos e 34% a partir dos 18 anos, segundo sua pesquisa. Afirma que alguns participantes com pico de motivação moral na adolescência, vivenciaram um decréscimo motivacional na ordem de

³⁴ Nunner-Winkler, *op. cit.* nota 27, pp 376-377.

³⁵ SOUSA, Pedro Miguel Lopes de. *op. cit.* pp. 9-10.

³⁶ SOUSA, Pedro Miguel Lopes de. *op. cit.* nota 25, pp. 10-11.

³⁷ NUNNER-WINKLER, Gertrude. Juízo moral e motivação moral: seu desenvolvimento na adolescência. *cit.* nota 27, pp. 371-417, especialmente p. 395.

10% entre os 5 e os 7 anos; 22% entre os 7 e os 9 anos; 29% entre 9 e 18 anos e 20% entre os 18 e os 23 anos de idade.

Entende a autora que diversos fatores podem influenciar a predita instabilidade da motivação moral, dentre eles o estatuto socioeconômico, o sexo, a vinculação afetiva, os grupos de pares e a vida comunitária, sendo a permeabilidade do cérebro adolescente um dos fatores que mais o expõem à influência externa e ao controle do superego, favorecendo essa instabilidade³⁸.

Ao lado de tudo isso, na atualidade não se pode desprezar os conhecimentos neurocientíficos, mesmo em se tratando da compreensão da moral. Há, pois, indicativos neurocientíficos de que o cérebro humano continua a se desenvolver até a terceira década de vida, mormente no que tange às regiões do córtex pré-frontal relacionadas com o controle da impulsividade, o juízo de valor, a avaliação das ações e a conduta moral, conforme destacam Slachevsky e colaboradores³⁹.

Os mesmos autores⁴⁰ asseveram que estudos neuroanatômicos sugerem que o desenvolvimento moral somente atinge certa maturidade por volta dos 16 ou 18 anos, e sublinham que a maturidade moral integral somente se estabelece em idades mais maduras, embora se saiba que algumas pessoas jamais a atingirão.

Alertam que a tudo isso se deve acrescentar a influência do ambiente na conduta do adolescente e que fatores como a situação de pobreza, o abuso sexual, a negligência com os cuidados da criança e a delinquência infantil, junto com antecedentes neurobiológicos e psicológicos, somados ao contexto social em que se desenvolveu o sujeito, influenciarão na formação da sua moral⁴¹.

³⁸ NUNNER-WINKLER, Gertrude. *Idem*. pp. 403 ss.

³⁹ SLACHEVSKY, Andrea et al. *Córtex prefrontal y trastornos del comportamiento: Modelos explicativos y métodos de evaluación*. cit. nota 7, p. 2.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 3.

⁴¹ *Ibidem*.

3. Liberdade de decisão

Embora não se perceba, grande parte da vida e do cotidiano das pessoas é controlada pelo inconsciente, desde o funcionamento dos órgãos vitais através do sistema nervoso autônomo e vegetativo, até condutas reflexas e automáticas de cognição que permitem andar, segurar um objeto, dirigir, falar a língua mãe e até mudar o estado de humor, sem que se dê conta do que está em curso.

Com efeito, se as pessoas tivessem consciência de todos os atos que regulam seu organismo e suas atividades diárias – como os músculos que movimentam para andar, falar etc. -, entrariam rapidamente em esgotamento mental e, certamente, não tomariam as melhores decisões, conforme explicita Pierre Buser⁴². Frise -se, por oportuno, que esse entendimento se aplica a todas as idades, independentemente do grau de amadurecimento fisiológico, cognitivo ou moral da pessoa.

Nesse contexto, inevitável a indagação acerca do momento em que o cérebro toma uma decisão acerca de agir ou não em cada situação do cotidiano de uma pessoa. E mais, impõe-se questionar se a criança e o adolescente são capazes de tomar uma decisão e agir de acordo com ela, livremente.

A psicologia evolutiva e as neurociências têm apresentado várias vertentes de tradução dos mecanismos cerebrais que levam o indivíduo do inconsciente ao consciente, transportando-o a um ambiente ao mesmo tempo encantador e assustador, ante a nitidez e consistência dos argumentos trazidos à tona, mesmo em face de mecanismos tão complexos.

Preleciona Buser⁴³ que três quartos da atividade cerebral humana é inconsciente, o que é bastante positivo, posto que, se assim não fosse, teria-se uma avalanche de visões e de percepções que logo sobrecarregariam a mente.

⁴² BUSER, Pierre. *L'inconscient aux mille visages*. Paris: Odile Jacob, 2005, pp. 15 e ss.

⁴³ *Ibidem*. No mesmo sentido, LEVY, Neil. *Consciousness & moral responsibility*. 2. impress. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 3-7.

Visando esclarecer todo esse mecanismo, Neil Levy⁴⁴ afirma que a mente é modular, consiste em vários processadores de informações que ficam encapsuladas e, apesar de as pessoas não terem consciência desse processo, eles compartilham essas informações nas regiões associativas do córtex cerebral, através das sinapses das redes neuronais que partem, sobretudo, do tálamo. É por esse processo que as pessoas passam da inconsciência à consciência. Assim, argumenta que a consciência é precedida por vários processos inconscientes e é produto da história evolutiva do homem.

Para Benjamin Libet⁴⁵, o cérebro toma a decisão meio segundo antes de ter consciência da ação. Assim, percebe-se a vontade antes de dominá-la, pois apenas no meio segundo seguinte é que se tem a possibilidade de interromper a ação. O domínio da ação, seria, pois, uma ilusão. Segundo entende o autor, o cérebro já tomou medidas para iniciar uma ação antes que a pessoa esteja ciente da vontade de realizá-la, portanto, o papel causal da consciência na vontade seria totalmente eliminado.

Frackowiak e Chageux⁴⁶ asseveram que, através das técnicas de imagiologia, como ressonância magnética, eletroencefalografia e magnetoencefalografia percebe-se que o acesso à consciência é associado a uma amplificação de atividades neuronais que se propagam e distribuem em rede de áreas, como por exemplo córtex frontal, córtex parietal e tálamo, que junto com outras divisões do cérebro humano formam o que os neurocientistas chamam *global neuronal workspace*, em que se processam as sinapses que levam o ser humano da inconsciência à consciência.

Ressalte-se que o tálamo tem função chave nesse mecanismo, pois controla os circuitos que regulam o nível de excitação que estimula a atenção seletiva e conduz à consciência, lembrando que consciência e atenção

⁴⁴ LEVY, Neil. *Idem.*, pp. 43-54, e em palestra promovida pelo CIDPCC, na Universidade de Lisboa, em 5/11/2015.

⁴⁵ LIBET, Benjamin. *Do we have free will? The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002, pp. 552-564.

⁴⁶ FRACKOWIAK, Richard e CHAGEUX, Jean-Pierre. LAUREYS, Steven; *et al. The Neurology of consciousness. Cognitive neuroscience and neuropathology*. 2. ed. San Diego: Elsevier, 2016, na apresentação da obra.

constituem fenômenos distintos⁴⁷, sendo a consciência responsável pela tomada de decisão.

De tudo isso se compreende que, conforme acertadamente afirma Searle⁴⁸, não há quem possa convencer que o comportamento humano não seja consciente, voluntário e intencional.

O mesmo autor, com o aprofundamento de suas pesquisas, assevera que a consciência é fenômeno biológico e, que patologias à parte, os estados conscientes só se dão em um campo unificado que compreende aspectos qualitativos subjetivos das condutas humanas que seriam causados inteiramente por processos cerebrais⁴⁹.

Na verdade, independentemente de se chegar à plenitude da consciência, é certo que, mesmo enquanto inconscientes, nossos atos estão carregados de nossos valores morais e nossas experiências, a ponto de, como assevera Buser⁵⁰, em meio a esse jogo complexo entre consciente e inconsciente, que pode ser visto como explícito e implícito, a intencionalidade é tão presente que frequentemente conseguimos antever o futuro próximo e a isso chamamos intuição.

A consciência se evidencia no dia-a-dia das pessoas com clareza incontestável, pode-se até dizer, quase palpável, basta que se veja o número expressivo de decisões que temos que tomar desde a seleção do que vai ser feito ao longo do dia, rotas que vamos seguir, convites que aceitamos ou não, pessoas com quem interagimos e, até mesmo, se vamos, ou não, obedecer às regras impostas pelo estado através das leis, com autoconsciência do eu e do papel que exercemos individualmente no meio social⁵¹.

⁴⁷ BLUMENFELD, Hal. *Neuroanatomical basis of consciousness*. Em: LAUREYS, Steven; *et al.* The Neurology of consciousness. Cognitive neuroscience and neuropathology. 2 ed. San Diego: Elsevier, 2016, pp. 8 e 16.

⁴⁸ SEARLE, John. Mente, cérebro e ciência. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 152.

⁴⁹ SEARLE, John. *Situar de nuevo la conciencia en el cerebro*. Em: Bennett, M.R.; Dennett; Hacker; Searle. *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*. New York: Paidós, 2008, pp. 121-128.

⁵⁰ BUSER, Pierre. *L'inconscient aux mille visages*. cit. nota 42, p. 8.

⁵¹ Interessantes anotações acerca dessa autoconsciência, ou consciência do eu, que nos distingue de outros animais em: LEVY, Neil; SAVULESCU, Julian. *Moral Significance of phenomenal consciousness*. Disponível em:

Não resta dúvida, do cotejo da opinião de neurocientistas com a de neuropsicólogos, filósofos e todos os que se dedicam ao estudo da mente e do comportamento humano, vê-se que sempre se há de concluir que o comportamento humano é consciente e livre, a não ser quando, por alguma causa extraordinária, fisiológica, patológica ou química, essa voluntariedade é comprometida ou lhe é retirada.

Surge, então, o questionamento acerca de como a tomada de decisão é processada no cérebro adolescente, eis que, conforme foi visto, em muito se diferencia do cérebro adulto, por encontrar-se com o desenvolvimento ainda incompleto.

Slachevsky e colaboradores⁵², como foi visto, descrevem experiência prospectiva em que se tomou por base imagens de ressonância magnética nuclear cerebral, feitas ao longo de uma década, a cada dois anos, em pessoas que inicialmente tinham entre 4 e 21 anos, na qual se concluiu que as regiões dorso-lateral e orbi-frontal do córtex pré-frontal apresentam mudanças significativas entre os 12 e os 30 anos de idade e somente alcançam o volume do cérebro de um adulto depois dos 21 anos. Concluem o estudo afirmando que o senso moral e a capacidade de tomar decisões desses adolescentes não se pode comparar com a dos adultos posto que o cérebro ainda não completou a maturação necessária a que antecipem as consequências das suas ações.

Blakemore⁵³, ao citar Huttenlocher, menciona que no córtex frontal, área do cérebro responsável pelo planejamento, integração de informações e tomada de decisão, o desenvolvimento neuronal perdura por toda a adolescência, havendo um pico de densidade ao redor dos 11 anos de idade para meninas e 12 para meninos, seguindo-se um declínio, ou poda, que se estende por toda a segunda década de vida, passando o jovem por um refinamento no processo de tomada de decisão, durante todo esse período.

http://www.bep.ox.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0005/14693/Levy_-and-_Savulescu.pdf.

Publicado em 2009, pp. 368-370, acessado: 18/9/2016.

⁵² SLACHEVSKY, Andrea; *et al.* *La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral.* cit., nota 7, pp. 2-3.

⁵³ BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The Social brain of a teenager.* cit. nota 10, pp. 600 – 601, inicialmente citando Huttenlocher, P.R. *Synaptic density in human frontal cortex: developmental changes and effect of aging.* *Brain Research*, 1979, pp. 163, 195 – 205, para depois citar diversos autores em obras recentes.

Em recente artigo, Rudolph⁵⁴ e colaboradores estudaram a relação entre a idade cerebral e a tendência de assumir riscos sob pressão emocional, tomando por base 212 participantes, entre 10 e 25 anos de idade⁵⁵, através de imagens de fMRI. Constataram que os jovens entre 18 e 21 anos são os que têm maior inclinação a assumir comportamentos de risco e menor percepção do risco, mormente quando estão submetidos a pressão emocional, positiva ou negativa, ou quando estão sob a influência de seus pares⁵⁶. Por outro lado, reconhecem que essa inclinação ao risco diminui a partir dos 22 anos de idade.

Destacam os mencionados autores, esses estudos demonstraram que adolescentes e adultos jovens são capazes de tomar decisões lógicas e apropriadas, contudo seus comportamentos são influenciados por fatores ambientais, psicológicos, sociológicos e biológicos, tendo nas suas amostras apresentado mudança no estado fisiológico e conectividades funcionais, quando submetidos a contextos emocionais por estímulos positivos ou negativos – considerados em contraposição ao estado neutro. Esclarecem que nem todo adolescente ou adulto jovem se encaixa nesse perfil, como é óbvio, mas que esse é o perfil do adolescente médio.

Conforme esclarece Luna⁵⁷ o adolescente é capaz de tomar decisões, contudo, a qualidade da decisão tomada não se equipara à do adulto, uma vez que seu sistema cerebral ainda é imaturo para as exigências mais simples da memória de trabalho – entendida como a capacidade de manter e utilizar, em linha a informação sobre estímulos, que já não estão presentes no meio exterior, seu papel principal é garantir as respostas orientadas para objetivos, subjacente à cognição superior de nível adulto. Segundo a autora, o controle cognitivo responsável pelo comportamento planejado e voluntário segue se

⁵⁴ RUDOLPH, Marc D. *et al.* *At risk of being risky: The relationship between “brain age” under emotional states and risk preference.* Em: *Developmental Cognitive Neuroscience*, vol. 24, 2017, pp. 93-106.

⁵⁵ Esses 212 participantes eram destros, sem histórico de doenças mentais ou desordens neurológicas, viviam em diversas cidades americanas, sendo 112 do sexo feminino, e se identificavam como sendo afro-americanos, caucasianos, asiáticos, hispânicos e outros. *Ibidem*, p. 94.

⁵⁶ RUDOLPH, Marc D. *et al.* *Idem*, p. 102.

⁵⁷ LUNA, A. Beatriz. A maturação do controlo cognitivo e o cérebro adolescente. Em: *Crianças e Adolescentes*. António Castro Foseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho, 2010, pp. 331, 339 e 342.

aperfeiçoando por toda a adolescência, através do refinamento dos processos cerebrais, com destaque para a eliminação de sinapses e a mielinização.

Trocando em miúdos, sustentam Luna⁵⁸, Blakemore⁵⁹ e diversos outros autores mencionados ao longo deste trabalho, para a tomada de uma decisão o cérebro do adolescente exige um esforço muito maior que o do adulto, tendo em vista que o seu córtex pré-frontal, área responsável pela inibição – de impulso, tendência ao risco etc. – ainda está passando pela poda sináptica que o levará a uma estabilidade durante a adultez, por isso na adolescência a pessoa está mais vulnerável ao erro, ou seja, tem dificuldade qualitativa na tomada de decisão.

Corroborando o já exposto, Cauffman e Steinberg⁶⁰, ao se debruçarem no questionamento acerca da menor culpabilidade do adolescente em relação ao adulto, encontraram, em uma amostra composta por mais de 1000 indivíduos de 12 a 48 anos, que adolescentes tem menos incidência de tomada de decisão socialmente responsável do que adultos, quando considerados fatores psicossociais como responsabilidade, perspectiva e temperamento.

Conclui-se que, não obstante seja capaz de tomar decisões, o adolescente e o adulto jovem não possuem ainda um desenvolvimento cerebral que lhes favoreça a decisão livre, o domínio qualitativo da vontade, na mesma medida de um adulto, posto que as funções cerebrais relacionadas ao planejamento e dimensionamento das consequências e riscos de uma ação ainda não estão completamente desenvolvidas havendo sobre-esforço para conseguir desempenho similar ao do adulto, e maior influência dos fatores externos em seus atos.

Vê-se, dessarte, que os questionamentos limitativos acerca da liberdade de decisão lançados pelas Neurociências a respeito do homem médio, se aplicam, com maior razão à criança, ao adolescente e adulto jovem,

⁵⁸ *Ibidem*, p. 350. Luna

⁵⁹ BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The social brain in adolescence*. cit. nota 14.

⁶⁰ CAUFFMAN, E.; STEINBERG, L. *(Im)maturity of Judgment in Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults*. Em: *Behavioral Sciences and the Law* 2000; 18: 741-760, pp. 751, 752 ss.

que têm ainda maior dificuldade em alcançar o estágio de consciência do adulto médio e tomar uma decisão livre no aspecto qualitativo.

De outra banda, percebe-se que as informações trazidas pelas Neurociências corroboram e fortalecem noções já sedimentadas e pela Psicologia, sobretudo a Cognitivo-evolutiva, e não deixa dúvidas de que ao final e ao cabo, as pessoas agem com liberdade, sendo para o adolescente esse processo bem mais complexo que para o adulto, pelo que questiona-se a qualidade desse poder de decisão que, para as crianças é ainda reconhecidamente limitado.

III - O adolescente e o crime - dilemas do direito

Perecebe-se dos capítulos anteriores, as ciências vêm demonstrando com bastante clareza que o desenvolvimento cerebral e a resposta de crianças e adolescentes aos estímulos sociais diferem em muito dos adultos.

Por outro lado, o direito penal, seja de adultos ou adolescentes, vive em constante ebulição, haja vista a dinâmica da sociedade que exige do Estado adequação de valores e eficiência na manutenção da paz social, seja através da atualização normativa, do controle jurisdicional ou da execução de suas políticas públicas.

Com razão, Adolf Merkel⁶¹, quando afirma que a história do direito penal é permeada pela contínua tensão entre dois movimentos de sentido contrário, quais sejam, o abandono de áreas de criminalização e a conquista de novos espaços – a descriminalização e a neocriminalização.

Nessa perspectiva, veremos os rumos que tem tomado o direito penal dos jovens, aqui incluídos os adolescentes inimputáveis, com a evolução do direito supranacional nesta seara, mormente no que diz respeito à normatização dos direitos humanos da criança e do adolescente, através de tratados internacionais.

Aos apressados – e equivocados - olhos da sociedade, esses instrumentos, por terem natureza garantista, promovem a impunidade ao invés da justa imputabilidade e, por estabelecerem a necessária proteção da juventude, em razão da sua peculiar situação de desenvolvimento biopsicossocial, são vistos como avessos à responsabilização e consequente punição dos adolescentes nos casos de cometimento de ato tipificado como crime.

⁶¹ *Apud*: FIGUEIREDO DIAS E ANDRADE. Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena. 1 ed – reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 398. Referência citada: Adolf Merkel, “Über Akkreszens und Dekreszens des Strafrechts und derem Bedingungen (1873)” em: *Strafrecht und Kulturentwicklung*. Frankfurt: Klostermann, p. 3.

Esses dilemas precisam ser esclarecidos a fim de que se possa aplicar justa responsabilização ao jovem infrator e, ao mesmo tempo, acalmar os anseios sociais, atendendo-se, ao lado da boa inserção social do adolescente, ao duplo efeito de prevenção geral e especial que, a par das críticas, é o mínimo que se pode esperar do direito penal hodierno.

1. A quebra da ordem jurídica

Na definição de Maria Fernanda Palma⁶², crime é ação dominada, ou dominável, pela vontade não justificada excepcionalmente pela realização de valores juridicamente relevantes, nem desculpável por força de um qualquer estado psicológico de enfraquecimento da liberdade de determinação vivido pelo agente.

Figueiredo Dias e Andrade⁶³ afirmam que a explicação do crime é de índole conflitual, posto que sua prática pressupõe um dilema de consciência desdobrado em duas componentes, a resistência à tentação que antecede a prática do crime, e a culpa, posterior ao seu eventual cometimento.

Aduzem, os mesmos autores, que é necessária uma reflexão acerca das razões que levam uma pessoa a resistir às solicitações hedonistas do crime e a conformar-se com as exigências do direito, já que o criminoso colhe imediatamente as gratificações do seu ato, enquanto as consequências desagradáveis, para além de improváveis, ainda levam um tempo a ser concretizadas.

Dessa forma, direito e moral andam paripasso, compreendendo-se a moral como o conjunto de normas aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual e social de um povo. Assim, podemos analisa-la em dois aspectos, o normativo – composto pelas normas e regras que enunciam o dever ser -, e o fatural – constituído pelos fatos que efetivamente se realizam no mundo real. Os atos humanos, então, recebem

⁶² PALMA, Maria Fernanda. Direito Penal – Parte Geral – A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, abril 2017, pp. 14-18.

⁶³ FIGUEIREDO DIAS E ANDRADE, *op. cit.* nota 61, pp. 210–212, em análise crítica à Teoria do Condicionamento de Eysenck, acerca do homem delinquente, citando como referência: H. J. Eysenck – *Crime and personality*, St. Albans: Paladin, 1977, p. 116.

valor positivo ou negativo, a depender de estarem de acordo com a norma ou em contradição com a norma, violando-a ou descumprindo-a.

Nesse prisma, o normativo não existe independente do fatural, eis que toda norma postula um comportamento devido, exigindo que esse comportamento se torne real na convivência social, o que faz parte do mundo dos fatos.

Assim, a constatação de que uma norma não foi cumprida não invalida sua exigência, já que sua validade e exigibilidade não são afetadas pelo mundo dos fatos, embora ambos tenham relação estreita, posto que o normativo exige ser realizado e se orienta no sentido fatural, e este só ganha significado moral quando atinge positiva ou negativamente uma norma⁶⁴. Isso vale para maiores e menores, indistintamente.

Por tudo isso Vásquez⁶⁵ assevera que cada pessoa, através de seu comportamento moral, se sujeita a determinados princípios, valores ou normas, sendo que o indivíduo não pode inventar os princípios ou normas, nem os modificar por exigência pessoal, pois o normativo é estabelecido e aceito por certo meio social.

O direito garante, pois, o cumprimento do estatuto social em vigor através da aceitação voluntária ou involuntária da ordem social juridicamente formulada, enquanto a moral influencia os sujeitos a harmonizar de maneira voluntária, livre e consciente, seus interesses pessoais com os interesses da coletividade.

Kelsen⁶⁶ definia a norma como sendo o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de ser adjudicada à competência de alguém. A norma traduz-se em um ato intencional dirigido à conduta de outrem, diferenciando-se do ato de vontade cujo sentido ela constitui. A norma seria, então, um dever-ser, e o ato de vontade de que ela constitui sentido, seria um ser. Essa situação fática pode

⁶⁴ VÁSQUEZ, Adolfo Sanches. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 64-65.

⁶⁵ *Ibidem*. pp. 65-67, 69.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 5.

ser descrita pelo seguinte enunciado: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade, enquanto a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato.

Na verdade, as normas jurídicas são contrárias aos fatos reais, expressam um dever ser que resulta em uma consequência jurídica, podendo se materializar, ou não, em uma sanção.

Imperativo perceber, dessarte, que o caráter contrafático da norma jurídica indica que esta é sempre instrumento para a transformação social - função progressista - ou para a manutenção de princípios - função conservadora. Por tudo isso é que Hassemer⁶⁷ afirmava que norma, sanção e processo, fazem juntos o que se chama “controle social”, constituindo condição fundamental para a vida em sociedade. Conclui-se, pois, que a norma impõe limites de convivência que favorecem a ordem e a tão almejada pacificação social.

É através da norma que o Estado de Direito manifesta sua linha de controle sobre as relações sociais de seu povo, havendo sanções de natureza administrativa, cível ou criminal para aquele que venha a quebrar os parâmetros do dever ser comum através de conduta que materialize um desvalor significativo para a convivência em sociedade. Assenta-se, nesse modelo, o princípio da legalidade, um dos pilares do Direito Penal.

Numa ótica funcionalista bastante atual, pondera Roxin⁶⁸ que o conceito material de delito se encaixa em critério político-criminal sobre o que se pode punir e o que se deve deixar impune, superando o conceito meramente formal adstrito à definição do direito positivo. Aliás, no seu entender, os questionamentos político-criminais servem, na medida em que valorativos, para estabelecer uma ordem jurídica que realize justiça social.

⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve; coord. e superv. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 211.

⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General – Tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoria del delito*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2003, p. 51.

Com efeito, na tendência da intervenção mínima do Estado e do princípio da subsidiariedade do direito penal somente se deve considerar na seara criminal condutas que não possam ser solucionadas nas vias administrativas e cíveis, e que quebrem gravemente a ordem social, haja vista o peso que a sanção criminal carrega em si, seja pela possibilidade das penas que restringem direitos ou privam a pessoa da liberdade, ou até mesmo pelo estigma moral que acarretam.

Diante de tudo isso, há que se perquirir que tipo de controle social se espera que a norma hodierna faça no que tange à responsabilização criminal da criança e do adolescente, diante de toda a informação de que se dispõe através da psicologia e das neurociências sobre as peculiaridades do seu desenvolvimento cerebral que se refletem tanto no seu comportamento, como na sua aquisição moral e na eventual prática delitiva, consubstanciada em ação de desvalor social.

A legislação infantojuvenil comumente serve-se do conceito e da tipificação criminal dos adultos para definir os atos a serem considerados na esfera infracional do menor, como ocorre em Portugal e no Brasil, diferenciando-se o seu sistema especial por algumas garantias processuais específicas para essa faixa etária e pelo caráter primordialmente educativo das sanções a serem aplicadas em resposta à conduta de desvalor social prevista como crime e que abala a ordem jurídica. A esse sistema grande parte da doutrina, sobretudo europeia, tem dado o nome de Direito Penal Juvenil, reconhecendo-o como um dos ramos do próprio Direito Penal.

Para Roxin⁶⁹, o direito penal juvenil, que se aplica aos inimputáveis etários, se configura como campo do direito que trata dos crimes cometidos por adolescentes e suas consequências, parcialmente penais, com preceitos especiais de direito material e processual.

Acerca das possibilidades de sistematização direito material penal dos adolescentes, Karyna Sposato⁷⁰, citando Higuera Guimerá, defende que

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Idem*, p.46.

⁷⁰ Ver SPOSATO, Karina Batista. *Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 142-143 e 35-36.

existem três configurações que norteiam os diferentes ordenamentos jurídicos na definição do fato punível cometido por adolescente inimputável.

A primeira é aquela em que o campo de incidência das normas é idêntico no tocante aos fatos delitivos de menores e de adultos, em consonância com a regra 56 das Diretrizes de Riad⁷¹, no sentido de impedir que se prossiga a estigmatização, vitimização e incriminação dos adolescentes e jovens, recomendando que as legislações dos países signatários não poderão considerar delitivos para os menores, fatos que não o sejam para adultos.

Na segunda configuração seria possível punir menores por fatos que não constituem crime para os adultos, como por exemplo incriminá-los por faltas escolares, embriaguez e desobediências, constituindo-se em sistema repressivo com intervenção mais gravosa que a do direito penal de adultos.

Por fim, na terceira configuração, haveria a descriminalização primária para determinados fatos que, embora puníveis para adultos, não constituiriam crimes para os adolescentes, sendo esta configuração objeto de frequentes discussões vinculando-a, de certo modo, à Teoria do Sujeito Responsável, de Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée, que entendem que o Estado somente pode exigir responsabilidade pelo comportamento antinormativo se houver disponibilizado ao agente todos os elementos necessários para que sua resposta fosse conforme a norma, assim, a exigência do Estado quanto a suas proibições e mandatos seria variável para cada pessoa, a depender de suas circunstâncias pessoais e de sua relação com o próprio Estado.

A Lei Tutelar Educativa portuguesa, doravante mencionada como LTE⁷², estabelece logo em seu art. 1.º: “A prática, por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como

⁷¹ Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, disponível em: www.mdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincipiosdeRiade.pdf, acessado em: 13/5/2018.

⁷² A título meramente ilustrativo observa-se que a Lei Tutelar Educativa, Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, não obstante constitua reconhecido avanço na seara infantojuvenil, é impregnada de nomenclaturas e alguns institutos hoje criticados pela doutrina internacional, como é o caso do “Tutelar” que remete à antiga doutrina menorista de cunho assistencialista e sem limites bem definidos que acabavam por colocar em vala comum pobreza e delinquência, proteção e punição.

crime dá lugar à aplicação de medida tutelar educativa em conformidade com as disposições da presente lei.”⁷³. Dessa forma, a quebra da ordem relevante para acionar o sistema tutelar educativo português é a conduta tipificada como crime no Código Penal.

Percebe-se que a quebra da ordem jurídica, através da conduta tipificada como crime e praticada por um adolescente, tem como paradigma a valoração que é dada ao bem jurídico no Direito Penal aplicado aos adultos, do qual deriva o moderno Direito Infantojuvenil.

Finalmente, mister salientar, conforme assinala Vásquez González⁷⁴, a intervenção do Estado, através do seu direito de punir o adolescente, somente se justifica quando se verificar o cometimento de uma infração penal por menores de idade, impondo-se uma reação jurídica voltada a prevenir futuras infrações.

2. Inimputabilidade não é impunidade

O direito infantojuvenil evoluiu de forma tal que, somente no último século, transcendeu de uma histórica concepção niilista, em que a criança e o adolescente nem sequer existiam no mundo jurídico, para depois tê-los como objetos de direito dos pais ou do estado e, em seguida, considera-los sujeitos de direito cobertos pelo manto da proteção integral, observando-se sempre seu superior interesse, conforme indicado pela comunidade internacional⁷⁵.

Despiciendo discorrer aqui sobre todo o histórico de conquistas dos direitos da criança e do adolescente, já que ao final, eles foram reunidos na Convenção Sobre os Direitos das Crianças – doravante também chamada

⁷³ No Brasil, de forma análoga, dispõe o art. 103, ECA: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

⁷⁴ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos et al. *Derecho Penal Juvenil*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 223.

⁷⁵ O superior interesse infantojuvenil é regra basilar da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas nº 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959, instituindo dez princípios que, embora não representem obrigações para os estados signatários, se constituem em princípios programáticos, ou de natureza moral, que sugerem a linha de proteção que deve orientar suas legislações, para deixarem de ter cunho assistencialista e afigurarem-se em sistema integrado de garantia de direitos.

CDC⁷⁶ -, que sintetizou o que preconizavam, de forma dispersiva, vários instrumentos internacionais, e norteia legislações intramuros.

Nesse norte, os direitos relacionados a essa faixa etária passaram a ser orientados pelo princípio do superior interesse da criança e do adolescente, cabendo às famílias, aos Estados e à sociedade contribuir para que toda criança, desde a sua concepção, tenha direito a crescer em ambiente que favoreça o seu bom desenvolvimento biopsicossocial, com acesso a saúde, educação, desporto e lazer, de forma a viabilizar-lhe uma vida digna, e por que não dizer, feliz.

Essa doutrina passou a ser o novo paradigma⁷⁷ das legislações dos países signatários da CDC e outros mais, nelas incluindo todas as pessoas que se encontram na faixa dos 0 aos 18 anos de idade⁷⁸, independentemente de serem ou não serem carentes, abandonadas ou infratoras, cumprindo a função hermenêutica de propiciar uma interpretação do direito infantojuvenil levando em conta seus próprios limites, ao mesmo tempo em que conduz a uma visão sistêmica dos direitos relacionados à infância e juventude, obrigando diversas autoridades e, também instituições privadas, a considerar o superior interesse da criança para nortear suas atribuições, como destacam García Méndez e Beloff⁷⁹.

Nesse diapasão, mesmo que tenha cometido algum ato tipificado como crime⁸⁰, a criança e o adolescente devem ter sempre o seu superior interesse observado, mesmo no que tange às consequências da sua responsabilização.

⁷⁶ A Convenção sobre os direitos das Crianças - CDC - foi adotada pela Assembleia Geral da Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por 20 países, tais como Portugal, em 21 de setembro de 1990, e o Brasil, em 21 de novembro de 1990. Como parâmetro de alcance dos seus dispositivos a CDC dispõe: Parte I – Art. 1 “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”. Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

⁷⁷ Acerca da importância científica de um paradigma: KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000, pp. 219 – 236.

⁷⁸ A não ser nos casos em que a legislação local imponha outro limite de idade, como previsto na própria CDC.

⁷⁹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio e BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p.78.

⁸⁰ Em Portugal a legislação não diferencia a nomenclatura do crime cometido por maior ou menor.

Acerca da idade mínima para responsabilização criminal a comunidade internacional não tem regras rígidas, havendo apenas a recomendação das Regras de Beijing no sentido de que se baseie na maturidade emocional, mental e intelectual do jovem e que esta idade não seja “baixa demais”, sem esclarecer qual seria essa idade baixa demais⁸¹. Respeita-se, pois, a autonomia de cada nação para fixar o seu parâmetro.

Sem a pretensão de traçar aqui um estudo de direito comparado, que não é o objetivo deste trabalho, forçoso reconhecer que ao redor do mundo observa-se significativa diversidade quanto à idade em que a pessoa está apta a responder penalmente por fatos tipificados como crime, seja no sistema de adultos ou no juvenil.

Apenas a título ilustrativo pode-se mencionar que na Alemanha, na Espanha e no Brasil a idade mínima para responder penalmente como adulto é de 18 anos, havendo nos dois primeiros países um sistema do adulto jovem que se estende até os 21 anos. Em Portugal, a maioridade penal é aos 16 anos, estendendo-se o sistema de jovem adulto até os 21 anos de idade.

No que tange à idade mínima para responsabilização no sistema especial do adolescente, na Alemanha é de 14 anos, enquanto na Espanha, no Brasil e em Portugal, a idade mínima para responder no sistema educativo é de 12 anos. Em todos esses países, a medida educativa aplicada ao jovem pode ser cumprida até a véspera do seu aniversário de 21 anos.

Por outro lado, na maior parte dos estados que compõem os Estados Unidos da América, a idade mínima para responder no sistema penal de adultos varia entre os 12 e os 18 anos de idade, iniciando-se o sistema especial de responsabilização a partir dos 10 anos de idade, com raras exceções em que essa idade mínima é ainda mais baixa⁸². Frise-se, por

Ao crime praticado por menor, no Brasil, dá-se o nome de ato infracional, por indicação do art. 103, da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸¹ Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil ou, simplesmente, Regras de Beijing. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>, acessado em: 3/1/2018.

⁸² Informações acerca da idade penal e dos sistemas especiais retiradas de: Idade Penal: Tabela comparativa. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>, acessado em

oportuno, que a tendência atual naquele país é a elevação da idade penal e a limitação de algumas sanções, em grande parte dos estados, prevalecendo a idade mínima de 18 anos na grande maioria dos estados ⁸³.

Dessa rápida análise, conclui-se que a maior parte dos ordenamentos jurídicos, sobretudo em se tratando dos países signatários dos instrumentos das Nações Unidas sobre os direitos humanos da infância, não admite qualquer responsabilização da criança no que tange a crimes porventura cometidos, cabendo em relação a elas apenas medidas de proteção ⁸⁴.

Por outro lado, percebe-se que adolescentes, abaixo da idade de responsabilização criminal, respondem em sistema especial próprio, sistematizado pelo Direito Penal Juvenil, também chamado Direito Tutelar ou Direito Infracional, por aqueles que não aceitam o caráter penal dessa especialidade ⁸⁵.

Surge, dessarte, importante dilema decorrente de preciosismo conceitual acerca da inimputabilidade, que conduz ao infundado entendimento de que o adolescente, penalmente menor, restará impune sempre que cometer ato previsto como crime.

05/11/2017. Frise-se que os Estados Unidos da América e a Somália, foram os únicos países das Nações Unidas que não subscreveram a CDC, sobretudo por não terem, à época, a intenção de prescindir das penas de morte e prisão perpétua para crianças e adolescentes. Ver: MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; MORDELL, Sarah; ROESCH, Ronald. O adolescente perante a Lei. Em: Crianças e Adolescentes. Antônio Castro Fonseca (ed.). Coimbra: Almedina, 2010, p. 599.

⁸³ Nesse sentido: CAUFFMAN, Elizabeth *et al.* *Raising the age. Raising the issues*. Em: *Criminology & Public Policy*, 2017, vol. 16, issue 1, 73-81. Mencionam os autores, *v.g.*, que somente o Estado de Connecticut aumentou a idade penal para de 16 para 17 anos no ano de 2010 e de 17 para 18 anos no ano 2012. A título meramente ilustrativo, ver também: <https://www.conjur.com.br/2017-fev.../estados-americanos-elevam-idade-penal-21-anos>, acessado em 28/1/2018.

⁸⁴ Note-se que os instrumentos internacionais consideram criança a pessoa de zero a dezoito anos incompletos, cabendo a cada nação, definir em seu ordenamento os limites etários em que considera a pessoa como criança, adolescente ou adulto. Em Portugal e no Brasil considera-se criança a pessoa de zero a doze anos incompletos, não cabendo contra elas qualquer intervenção de natureza penal, seja em sistema comum ou especial.

⁸⁵ Em Portugal existe resistência da doutrina com relação ao reconhecimento do Direito Penal Juvenil, como se observa de: RODRIGUES, Anabela Miranda. A Lei Tutelar Educativa – entre o passado e o futuro. Em: Antônio Casimiro Ferreira e João Pedroso (coord.) *Justiça Juvenil: A lei, os Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, jan. 2017 e CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – I*. Coimbra: Almedina, julho/2016, p. 332. No Brasil, um dos críticos do reconhecimento do Direito Penal Juvenil é NUCCI como se percebe de seu comentário em: NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 419.

Necessária, pois, uma análise mais aprofundada e menos apaixonada do assunto para compreender a exata extensão da inimputabilidade e como realmente funciona a responsabilização do adolescente, a fim de extirpar a falsa impressão de que a inimputabilidade do menor funciona como salvo conduto para a prática delitiva, o que revolta a opinião pública e revigora a ânsia de alguns por mudança legislativa para rebaixamento da idade penal⁸⁶.

Embora muitas sejam as correntes doutrinárias que procuram explicar a imputabilidade, pode-se afirmar que, no geral, assenta-se que a imputabilidade é categoria jurídica cujo primeiro elemento se refere a uma realidade biológica ou psicológica, portanto, extrajurídica – o estado das capacidades mentais do sujeito no momento do ato -, advindo em seguida a valoração normativa.

Nessa esteira, destaca-se o componente jurídico ou valorativo da imputabilidade, sem prescindir do reconhecimento da necessária análise psicológica do seu conteúdo previamente à valoração penal, posto que não se limita o juízo de imputabilidade à existência ou não de um fenômeno psicológico, é necessário avaliar a medida em que esse fenômeno é relevante para fins de exculpação.

Interessante a ponderação de Franz Von Liszt⁸⁷ acerca dessa dupla valoração, no sentido de que o conceito de imputabilidade é relativo, vez que a capacidade ora existe, ora pode faltar, no mesmo homem. Para ele, a missão do legislador não está adstrita à definição positiva de imputabilidade, mas, à descrição daqueles estados em que, excepcionalmente, a imputabilidade se torna impossível.

Pois bem! Nas palavras de Busato⁸⁸, imputabilidade “é um conjunto de características pessoais que tornam um sujeito capaz”.

⁸⁶ Nos últimos anos são recorrentes as discussões e as tentativas de alguns parlamentares em baixar ainda mais a idade penal mínima, tanto em Portugal – em menor escala -, como no Brasil, o que é tema de grande repercussão midiática, bastando fazer uma busca na internet, por exemplo, para encontrar grande número de reportagens a esse respeito. A respeito do “mito da impunidade” ver: SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 4.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37.

⁸⁷ VON LISZT, Franz. Tratado de derecho penal. Tomo 2. Tradução: Luis Jiménez de Asúa. 4. ed. Madrid: Reus, 1999, pp. 396 ss.

⁸⁸ BUSATO, Paulo. Direito penal. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557.

Já Brandão⁸⁹ a define como “o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal” e acrescenta que o sujeito imputável é aquele “capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade”.

Correia⁹⁰, por sua vez, realça que imputabilidade é o “conjunto de qualidades pessoais que são necessárias para ser possível a censura ao agente por ele não ter agido doutra maneira”.

Imputabilidade é, pois, a possibilidade de atribuir a alguém a responsabilidade pela violação da lei penal.

Sabe-se, igualmente, que a maioridade, ou simplesmente a idade penal, consubstancia-se na idade a partir da qual o indivíduo responde à violação da lei como adulto, no sistema penal. De outra banda, a lei pode reconhecer a responsabilidade ou censurabilidade de pessoas com idade abaixo da idade penal mínima, num sistema especial majoritariamente chamado Direito Penal Juvenil⁹¹, no qual tanto o processo quanto as medidas de correção obedecem ao superior interesse do adolescente ou jovem, mas, nem por isso o deixa livre de um sancionamento.

Dessa forma, ainda que a responsabilização do menor se dê em sistema especial, não se diferencia muito da imputabilidade, como acima definida para os adultos, posto que em sistema adequado às suas necessidades peculiares de pessoas em desenvolvimento, são responsabilizados e recebem sanções educativas equivalentes às penas, quando cometem ato tipificado como crime.

Essa disfunção conceitual da imputabilidade é bastante perceptível nas legislações brasileira, portuguesa e de quase toda a Europa, em que a redação da lei penal faz parecer que idade penal mínima e imputabilidade se confundem na idade em que se atribui responsabilidade por ato de desvalor

⁸⁹ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

⁹⁰ CORREIA, Eduardo. Direito Criminal – I. cit. nota 85, p. 331.

⁹¹ Mister registrar que a designação Direito Penal Juvenil ou Direito Penal do Adolescente ainda não é pacífica entre os doutrinadores da matéria. Há uma crítica a esse termo dirigida sobretudo por aqueles que têm uma visão romântica sobre o modelo tutelar educativo, infracional ou socioeducativo, colocando-o como se fosse um sistema meramente educacional e de garantia do superior interesse do menor, sem qualquer viés sancionatório. Ver, também comentário da nota 85.

previsto como crime, desprezando a existência do sistema especial de apuração da responsabilidade do adolescente, existente em todos esses países⁹².

Ao tratar do Código Penal português, Correia⁹³ destaca os critérios biológico e psicológico como modelos da responsabilização, tecendo duras críticas a esse sistema, em face da precariedade das definições dos critérios modificadores da imputabilidade – v.g. idade mínima, enfermidade mental e embriaguez. Isso, decerto, ocorre nas legislações de vários países no mundo, que baseiam a responsabilidade nos mesmos critérios e são igualmente vagas na respectiva delimitação.

Convém mesmo afirmar que nesses ordenamentos jurídicos o conceito de imputabilidade é extraído por via negativa, ou seja, sempre que não se configurar um caso de inimputabilidade, o sujeito é imputável⁹⁴.

Situar o adolescente, como inimputável etário, na vala comum dos portadores de enfermidade mental e congêneres, estabelece problema de ordem formal no Direito Penal, haja vista que a pena pressupõe culpabilidade do agente quando do cometimento do fato no passado, enquanto a medida de segurança aplicável aos inimputáveis mentais exige uma periculosidade

⁹² Em Portugal, o art. 19.º do Código Penal dispõe que os menores de 16 anos são inimputáveis, em razão da idade, enquanto o artigo 20.º trata da inimputabilidade por anomalia psíquica. A par disso, a lei n.º 147/99, de 1 de setembro, estabelece o sistema tutelar educativo, no qual menores de 16 anos serão responsabilizados pela prática de crimes e, num sistema protetivo em que se visa a sua correção para que possa agir sem perigos na vida adulta, atribui-lhe medidas semelhantes às penas aplicáveis aos adultos. No mesmo lastro, no Brasil o artigo 228 da Constituição Federal e o artigo 23 do Código Penal consideram o menor de 18 anos inimputável, não obstante façam menção explícita a legislação especial para sua responsabilização, que é a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, em que se institui o sistema socioeducativo similar ao sistema tutelar educativo português. A imputabilidade negativa também é a fórmula utilizada no Código Penal espanhol e de quase toda a Europa, à exceção do Código Italiano, como destaca CEREZO MIR, José. Curso de Derecho penal Español. Parte General – III Teoría Jurídica del Delito/2. Madri: Tecnos, 2001, tomo III, p. 50. Mesma fórmula é utilizada na lei alemã, *Reichsjugendgerichtsgesetz*, como esmiúça SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. *op. cit.* nota 85, pp. 61-62.

⁹³ CORREIA, Eduardo. *op. cit.* nota 85, pp. 332-337. Os paradigmas biológico e psicológico são também utilizados no Brasil como referência para a imputabilidade penal, como se vê dos arts. 26 a 28, do Código penal brasileiro: BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Arts. 26 a 28. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm, acesso: 3/8/2016.

⁹⁴ BRANDÃO, Cláudio. *op. cit.* nota 89, p. 136. Vê-se que a legislação brasileira é tão imprecisa acerca da imputabilidade quanto a portuguesa.

continuada do sujeito para o futuro⁹⁵, o que não se pode presumir, indiscriminadamente acerca do jovem inimputável.

Saliente-se, por oportuno, que os menores de 16 anos em Portugal e de 18 anos no Brasil, como ocorre com toda a legislação que segue essa linha de imputabilidade por exclusão, apesar de inimputáveis, não estão fora do Direito como afirmam alguns autores⁹⁶, já que são responsabilizados em sistema especial⁹⁷ pelos ilícitos cometidos.

Na verdade, esses menores são responsabilizados à luz dos tipos penais dos adultos e o cometimento de fato descrito como crime na lei penal é critério objetivo da aplicação da lei tutelar. Ademais, suas punições – medidas tutelares educativas⁹⁸ -, embora de natureza jurídica diversa – educativa -, na prática são semelhantes às penas dos adultos e não se confundem com as medidas aplicadas apenas como proteção daquele que se encontra em situação de risco ou vulnerabilidade social, tampouco com as medidas de segurança que cabem aos doentes mentais e congêneres.

A distinção dogmática entre imputáveis e inimputáveis se funda no princípio da culpa, um dos pilares de todo o sistema penal. Nesse norte, os imputáveis seriam os capazes de culpa e os inimputáveis, incapazes de culpa, e é exatamente nesse ponto que surge a grande contradição, posto que ao atribuir culpa a um menor e, ao mesmo tempo considera-lo inimputável, rejeita-se a periculosidade como fundamento ou limite da pena, ingressando-se na

⁹⁵ Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. cit. nota 68, p. 42.

⁹⁶ BRANDÃO, *op. cit.* nota 89, p. 139 afirma que eles estão fora do Direito Penal, mas não fora do Direito, no mesmo sentido se posiciona CORREIA, Eduardo. *op. cit.* nota 85, p. 332, asseverando que os menores de 16 anos são absolutamente inimputáveis e que as medidas tutelares educativas em nada se confundem com as penas, pois não têm o sentido de retribuição ou expiação ética daquelas. Ouso discordar, em parte, dessas posições e afirmar que o menor, embora em sistema especial, são abrangidos pelo universo do direito penal e as medidas a eles aplicadas são sancionatórias, eis que impostas coercitivamente, chegando até mesmo, nos casos externos, a privá-los da liberdade, quando inseridos em internamento nos centros educacionais, em regime fechado, semiaberto ou aberto, tal como as penas privativas de liberdade.

⁹⁷ Esse sistema para apuração e responsabilização de crimes praticados por menores chama-se tutelar educativo em Portugal e socioeducativo no Brasil.

⁹⁸ No Brasil chamadas socioeducativas, ECA, Título III, Capítulo IV.

seara das sanções preponderantemente preventivas, assentadas no caráter fluido do estado perigoso⁹⁹.

Não resta dúvida, ao responsabilizar e aplicar medida sancionatória coercitiva a um menor pela prática de um crime e, simultaneamente, considerá-lo inimputável, afasta-se a exigência democrática de que a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidem a qualidade e a quantidade da sanção¹⁰⁰.

Fato é que, no momento em que se admite a responsabilização de alguém que cometeu ato previsto como crime em idade inferior àquela fixada como idade mínima para responder e ser punido no sistema penal, mesmo que se queira dizer que essa pessoa é inimputável, não se pode dizer que ela fique impune, uma vez que responderá em sistema próprio para as pessoas em peculiar situação de desenvolvimento biopsicossocial.

Com efeito, pode-se afirmar que o menor considerado inimputável pela lei penal, na realidade tem uma imputabilidade *sui generis*, ao menos na faixa etária em que se insere no sistema especial de apuração de seus atos, o tutelar educativo.

A construção dogmática da inimputabilidade relativa aos adolescentes segue atrelada à idéia da incapacidade dos sujeitos herdada do Direito Civil que tem na proteção privada, dos particulares, uma expressão maior que a tutela do interesse social e moral salvaguardada pelo Direito Penal em caráter geral¹⁰¹.

Ora, é muito preciosismo negar a natureza penal dos sistemas especiais existentes na atualidade, já que os ditos inimputáveis são processados, julgados e recebem medidas que, com nomenclaturas diferenciadas e

⁹⁹ Nesse sentido, SPOSATO, Karyna Batista. Direito Penal de Adolescentes... *op. cit.* nota 70, p. 156-158. Sposato, inclusive, é defensora da mencionada imputabilidade *sui generis* do adolescente em conflito com a lei.

¹⁰⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *Idem*, pp. 140-141.

¹⁰¹ À luz do pensamento e crítica de: BETTIOL, Giuseppe. *El Problema Penal*, trad. José Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, *apud* SPOSATO, Karyna Batista. *op. cit.* nota 70, p.1157.

destacado viés de prevenção especial positiva – em seu aspecto educativo¹⁰² -, correspondem exatamente às penas previstas para os adultos. Portanto, esses sistemas constituem, sim, o Direito Penal Juvenil¹⁰³.

Aliás, nos moldes já mencionados, a própria LTE portuguesa o reconhece, indiretamente, quando anuncia como âmbito de sua atuação, logo no artigo 1º, a prática de fato qualificado como crime, por adolescente entre 12 e 16 anos de idade. Essa lei, dessarte, não se aplica como mera proteção ao menor, tampouco serve para os casos em que o adolescente se encontra apenas em vulnerabilidade social, sem haver praticado ato ilícito¹⁰⁴.

Nesse tom é que no n.º 4 da proposta de lei n.º 266/VII¹⁰⁵ que traz a exposição de motivos para aprovação da LTE, o legislador explicita que a intervenção dessa lei tem razão de ser diferente da tutela meramente protetiva, pois na tutela educativa¹⁰⁶ o Estado se encontra legitimado a educar o menor mesmo contra a vontade de quem estiver investido do poder paternal sobre ele, reconhecendo que isso apenas se pode admitir diante da ocorrência de situação desviante que torne clara a ruptura com elementos nucleares da ordem jurídica.

¹⁰² Essa é também a visão de HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *Derecho Penal Juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 31.

¹⁰³ Sobre a diferença do modelo tutelar adotado em Portugal em relação ao modelo penal juvenil adotado nos demais países da Europa e a influência da mídia sobre o legislador, numa visão de que a LTE não tem natureza penal, não obstante todas as similitudes dos dois sistemas, ver: CARTUYVELS, Yves. A Justiça Penal de Menores na Europa: origens e perspectivas. Em: António Casimiro Ferreira e João Pedroso (coord.) *Justiça Juvenil: A lei, os Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, jan. 2017, pp. 25-42. O autor coloca que em Portugal o legislador não sofre muita pressão midiática em razão de ter sistema tutelar, contudo, na verdade a idade penal mínima de Portugal é a mais baixa dos países mencionados, na Europa continental, o que certamente é uma das razões do enfraquecimento do discurso de novo rebaixamento da idade penal por aqui, embora ainda seja matéria de alguma discordância.

¹⁰⁴ Mesma observação é válida para o Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, em seu art. 104.

¹⁰⁵ Pode ser encontrado em: RAMIÃO, Tomé d'Almeida. *Lei Tutelar Educativa anotada e comentada – jurisprudência e legislação conexa*. 2. ed. revista e actualizada. Lisboa: *Quid Juris*, 2007, p.11. No mesmo número, se esclarece que a intervenção protectora do Estado justifica-se quando o gozo ou o exercício de direitos cívicos, económicos ou culturais do menor são ameaçados por factores que lhe são exteriores (incúria, exclusão social, abandono ou maus tratos)."

¹⁰⁶ O Título II da LTE dedica-se exclusivamente às medidas tutelares educativas, por muitos chamadas apenas medidas educativas, que carregam em seu bojo total semelhança com as medidas estabelecidas no sistema socioeducativo brasileiro e demais sistemas de responsabilização de menores, além de corresponderem, guardadas as garantias e limites do superior interesse do adolescente, às penas previstas para o adulto.

Essa é mesmo a tendência moderna no direito infantojuvenil, da mesma maneira se estabelecem as legislações de diversos outros países em que o sistema especial de responsabilização do adolescente substitui o antigo e equivocado modelo assistencialista de proteção que impunha um mesmo tratamento ao adolescente que estava sendo maltratado ou negligenciado, e àquele que cometera ato descrito como crime, numa recorrente confusão conceitual entre pobreza e delinquência.

Em sábias reflexões acerca da Lei 500/00, da Espanha, García Pérez e seus colaboradores¹⁰⁷ afirmam a existência do direito penal juvenil e frisam que o novo sistema de justiça de menores orienta-se essencialmente à prevenção especial, limita a discricionariedade do juiz, além de ampliar as medidas de restauração do dano e de alternativas ambulatoriais em substituição à privação de liberdade, constituindo-se em grande avanço nessa seara.

Atente-se, ainda, para o perigo da negativa da existência de um Direito Penal Juvenil¹⁰⁸ que, inclusive, deixaria o adolescente, à margem dos benefícios concedidos ao maior, recebendo, algumas vezes, tratamento mais gravoso que o dado ao adulto, com a pífia desculpa de seu suposto superior interesse em ser educado.

Repise-se, por oportuno, que a inimputabilidade transfere a intervenção jurídica para a seara da periculosidade, que se projeta no futuro, ao invés da culpabilidade pela conduta adotada, deixando a repreensão, muitas vezes à margem do princípio da legalidade¹⁰⁹, pondo o menor ao largo dos limites sedimentados no direito penal da culpa.

Aliás, por essas razões é que alguns autores entendem que o sancionamento de adolescentes em sistemas especiais que não se

¹⁰⁷ GARCÍA PÉREZ, Octavio; RIPOLLÉS, José Luis Díez; JIMÉNEZ, Fátima Pérez e RUIZ, Susana García. *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, em toda a obra, destacando-se sumariação nas pp. 19 e 22-23. Os autores delimitam o alcance da nova lei aos menores de 14 a 18 anos incompletos que cometem fato descrito como crime, estendendo-se alguns de seus preceitos aos jovens adultos de 18 a 21 anos de idade.

¹⁰⁸ Criticando semelhante negação do Direito Penal Juvenil por alguns doutrinadores brasileiros e afirmando sua existência ante o arcabouço garantista que suporta as sanções direcionadas aos adolescentes, ver: SARAIVA, João Batista Costa. op. cit. nota 86, pp. 885-89 e 91-104.

¹⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá: Temis, 2004, citado por SPOSATO, Karina Batista. cit. nota 70, p. 161.

reconhecem como penais constitui uma burla de etiqueta ou fraude de classificação, tendo em vista que o direito penal da culpa, com todas as suas falhas, reúne um conjunto de garantias de legalidade, segurança jurídica, igualdade perante a lei, respeito à dignidade humana, dentre outros, que ao ser substituído por um sistema de controle social não penal, mas eficiente na incidência de medidas restritivas da liberdade dos potenciais infratores, constituem grave prejuízo ao adolescente, uma vez que esses sistemas ficam imunes aos mencionados princípios penais clássicos e suas garantias¹¹⁰.

Em verdade, essa burla de etiqueta e o afastamento de garantias dispensadas aos maiores é claramente identificada no discurso de Anabela Rodrigues¹¹¹ que rechaça a ideia de um Direito Penal Juvenil instituído pela LTE, por isso mesmo deixa de reconhecer ao adolescente inimputável direitos que são naturalmente reconhecidos ao adulto em cumprimento de pena, como é o caso, por exemplo, da negativa de desconto do período de privação de liberdade cautelar no cumprimento da medida de internamento e da colocação do jovem em programa de egresso quando da extinção dessa mesma medida, por considerar que devem ser tomadas em conta as necessidades de educação do jovem no momento da decisão definitiva de fixação do internamento e que a vinculação do jovem com o sistema tutelar depois de extinta a medida, faria recair sobre ele um custo de segurança que o aproximaria da lei penal.

Note-se que, mesmo a medida tutelar educativa sendo fixada com prazo indeterminado, o julgador ao apreciar eventuais pedidos de liberação do adolescente terá em mente a proporcionalidade do tempo de cumprimento de medida com o crime cometido, ao lado da evolução educacional do adolescente, como prevê o art. 7.º, n.º 1, LTE. A não detração do período de privação cautelar de liberdade, portanto, o prejudica, ante a necessidade de permanecer mais tempo no internamento – ou outra medida – a fim de que a proporcionalidade seja atingida. Da mesma forma, a recusa em aceitar acompanhamento posterior à extinção da medida, equivalente ao programa do

¹¹⁰ A esse respeito ver SPOSATO, Karina Batista. *Idem*, pp. 159-161.

¹¹¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Lei Tutelar Educativa – entre o passado e o futuro. op. cit.* nota 85, pp.45-59, com destaque especial às pp. 52 e 57.

adulto egresso, vai contra o interesse do jovem, pois nessa fase muitas vezes são ofertadas oportunidades de trabalho e procedidos outros encaminhamentos que o beneficiariam.

Com efeito, a discussão acerca da natureza penal especial das leis que tratam dos crimes cometidos por adolescentes nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil é eminentemente dogmática devendo guardar o cuidado de manter-se atualizada com a verdadeira essência dos institutos jurídicos em questão para não correr o risco de vulnerabilizar o destinatário da norma pela não incidência de direitos e garantias pacificados para os adultos, no intuito de preservar conceitos tutelares que, por óbvio, não passam de ficção jurídica.

No mais, há que se considerar o perigo iminente dessas interpretações de extremo protecionismo que, a par dos malefícios já mencionados acerca da criação de mitos de impunidade, passam, com a velocidade da luz, de uma visão absolutamente garantista, para uma justificação de discricionariedade abusiva do Estado através do arbítrio do juiz¹¹².

Como destaca Karyna Sposato¹¹³, a legislação afeta à responsabilidade penal do adolescente deve contemplar todas as garantias e limites do poder punitivo do Estado, seja nas vias administrativas ou judiciais, para evitar que se repitam as aberrações e autoritarismo extremos que se valiam da tutela e da proteção para justificar intervenções desmedidas e institucionalizações desnecessárias revertendo-se em malefício à formação desses jovens.

Percebe-se, dessarte, que inimizabilidade não importa em impunidade, ante as regras do Direito Penal Juvenil ou do Direito Tutelar que, independentemente do rótulo que receba em sua nomenclatura, aplicam ao adolescente inimputável um sistema próprio em que suas necessidades biopsicológicas e educacionais de pessoa em desenvolvimento são

¹¹² Interessante reflexão a esse respeito é colocada por Emílio GARCÍA MÉNDEZ em: Das relações Públicas ao neomenorismo: 20 anos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na América Latina (1989-2009). Em: Medidas Socioeducativas: Contribuições práticas. Carolina Proietti e Elaine Rocha Maciel org. Belo Horizonte: Fapi, 2012. A realidade posta pelo jurista argentino salta aos olhos no texto de Anabela Miranda Rodrigues, acima mencionado. Ver também: SARAIVA, João Batista Costa. *op. cit.* nota 86, pp. 85-89 e 91-104 que ressalta o preconceito incito a essa negativa do Direito Penal Juvenil como apego aos dogmas menoristas que não reconheciam o menor como sujeito.

¹¹³ SPOSATO, Karina Batista. Direito penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista. *op. cit.* nota 70, p. 141.

respeitadas, em sistema punitivo que visa sobretudo sua educação e socialização para a internalização das regras legais e de convivência social que deverá seguir por toda a vida.

3. Punir e proteger – uma dialética conciliável

Com a diversidade de correntes e teorias que justificam o direito moderno, é árduo o trabalho dogmático em torno dos critérios justificadores do fato punível e da própria punição.

Discorrendo acerca da evolução histórica do direito penal, Correia¹¹⁴ destaca a importância do direito germânico fazendo uma digressão que remonta à idade média e chega à atualidade. Não obstante, reconhece a importância do direito romano no que tange à elaboração das instituições penais, como a modelação de um certo número de crimes e certas noções advindas do direito privado, como o conceito de culpa já traçado com certa precisão¹¹⁵.

Quanto ao poder punitivo propriamente dito, aderindo à tese de Brunner¹¹⁶, sustenta que a evolução se deu a partir da instituição da “perda da paz”, que seria absoluta quando as consequências para o agressor impunham sua total destruição na esfera jurídica, pois além de ser tido como morto pela família e pelo grupo, podia mesmo ser morto por qualquer pessoa, sem direito de ser apoiado, criando-se contra ele o dever de perseguição que, se não fosse executado pela comunidade, seria exercido pelo estado que decretava a “perda da paz”, o que teria originado a pena de morte; e seria relativa nos casos em que cabia uma vingança privada tornada jurídica, no momento em que o estado entregava o sujeito unicamente à perseguição da família do ofendido.

Acrescenta que a intervenção do Estado foi progressiva, inicialmente adstrita a limitar a vingança privada, para depois estabelecer a proporcionalidade entre a vingança privada e o delito (talião), em seguida

¹¹⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal... op. cit.* nota 85, pp. 76-97.

¹¹⁵ CORREIA, *Idem*, p. 81.

¹¹⁶ BRUNNER, Heinrich. *Historia del derecho germánico*, trad. do alemão, § 8.º, *apud* CORREIA, *idem*, p. 79 e ss.

propondo uma composição pecuniária e garantindo sua execução, para, finalmente, chamar a si todo o poder punitivo¹¹⁷.

Com o Iluminismo, a pena foi ganhando novo viés, à luz do contrato social que fundamentava o direito de punir na concepção de Beccaria, só a necessidade e a utilidade poderiam justificar a punição, as penas desnecessárias, ainda que não prejudiciais, seriam contra a justiça e a razão¹¹⁸. Aduz que o fim da pena não é torturar, mas intimidar o criminoso e as outras pessoas, num tanto de sofrimento necessário para ser superior ao prazer da prática do crime, assim, a pena deveria ser “pública, de rápida actuação, necessária, tão suave quanto as circunstâncias o permitam, proporcionada ao crime e determinada através de lei”¹¹⁹.

Foi no Iluminismo, com a valorização da liberdade, que as penas corporais propriamente ditas – as capitais -, abriram espaço para a prisão, privação de liberdade que, desde então, somente faria sentido se estivesse ligada ao espírito de regeneração e readaptação do criminoso à vida social¹²⁰.

Numa visão funcionalista, mais atual, García-Pérez¹²¹ ressalta que a punibilidade enquanto elemento do delito, tem a necessidade de agregar funcionalidade, através da utilidade social para o sistema, com finalidade preventiva geral positiva, a fim de assegurar a confiança que a sociedade deve ter na validade da norma.

Defensor do princípio da subsidiariedade do Direito Penal como limite formal da intervenção do Estado, o mesmo autor alerta para as justificativas sociais da pena, admitindo que se a estabilização da vigência da norma puder ser alcançada por meios menos gravosos, extrapenais, o recurso à pena não será funcional, pois a justificativa social da pena implica valoração específica, e

¹¹⁷ CORREIA, *Idem*, pp.78-79.

¹¹⁸ Cf. *Ibidem*, p. 84. Ver, igualmente, BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 11. ed. 5. Reimp. Curitiba: Hemus, 2000.

¹¹⁹ Síntese de Hippel (1894), acerca dos ensinamentos de Beccaria, citada por CORREIA, *ibidem*, p. 85.

¹²⁰ CORREIA. *op. cit.* nota 85, p. 85-87.

¹²¹ GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997, pp. 380 ss.

sua aplicação só é admissível quando seu fim não se pode alcançar por meio menos lesivo¹²².

O direito penal juvenil deve seguir linha semelhante, reconhecendo-se a sua subsidiariedade e respeitando-se a mínima intervenção, já que, mesmo preconizando o superior interesse infantojuvenil, os atuais sistemas especiais de apuração de fatos ilícitos cometidos pelos adolescentes inimputáveis – detentores, ainda assim, de uma imputabilidade *sui generis* -, se revestem de natureza jurídica impositiva e sancionatória que, com finalidade pedagógico-educativa, buscam inibir a reincidência¹²³.

Cerezo Mir¹²⁴ aduz que as medidas sancionadoras aplicadas aos menores devem ser essencialmente orientadas pela prevenção especial e influenciadas pelas normas do direito internacional, notadamente das Nações Unidas, não obstante, em menor proporção, elas também sejam instrumentalizadoras da reafirmação do ordenamento jurídico, o que não deixa de ser uma forma de prevenção geral.

Evidente, pois, que a medida tutelar educativa tem em si função de controle social semelhante ao da pena, com finalidades e conteúdo igualmente próximos, diferenciando-se, sobretudo, pelo seu destinatário, eis que, reconhecidas as diferenças biopsicossociais do adulto e do adolescente, deve o direito ajustar-se a essas diferenças, como forma de equidade, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Nas palavras de Ramião, as medidas tutelares educativas previstas na LTE visam a educação do menor para o direito e sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade¹²⁵.

Não se pode, portanto, negar o caráter preventivo insculpido nas medidas tutelares educativas, que se depreende das entrelinhas dos comentários do próprio Ramião, ao reconhecer que elas se aplicam ao

¹²² *Ibidem*.

¹²³ LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional – Medida socioeducativa é pena? 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 15-16 e 151.

¹²⁴ CERESO MIR, José. Curso de Derecho penal Español. Parte General – III Teoría Jurídica del Delito/2. Madri: Tecnos, 2001, p. 86 e ss.

¹²⁵ RAMIÃO, Tomé d'Almeida. Lei Tutelar Educativa... *op cit* nota 105, p. 35.

adolescente que violou valores jurídicos fundamentais e se prestam a educá-lo para o direito de forma que a sua personalidade, em formação, “interiorize o respeito pelas normas e valores fundamentais da sociedade em que está inserido”¹²⁶ e, ainda, quando aduz que essa solução tem “a virtude de se conformar com exigências comunitárias de segurança e de paz social, de que o Estado não pode alhear-se só porque a ofensa vem de um cidadão menor”¹²⁷.

Observa-se, com efeito, que o sistema tutelar educativo em Portugal, e seus equivalentes nas demais nações, além de incorporarem conceitos do Direito Penal, se utilizam de medidas tutelares educativas análogas às penas dos adultos, como se observa do art. 4.º, da LTE¹²⁸, que preceitua:

“Artigo 4.º - Princípio da legalidade

1 – São medidas tutelares:

- a) A admoestação;
- b) A privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores;
- c) A reparação ao ofendido;
- d) A realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade;
- e) A imposição de regras de conduta;
- f) A imposição de obrigações;
- g) A frequência de programas informativos;
- h) O acompanhamento educativo;
- i) O internamento em centro educativo”.

A medida tutelar, cumpre, nesses termos, a dupla função sancionadora e educativa, prestando-se a evitar a prática de novos atos infracionais pelo adolescente e, ao lado disso, visando diminuir a vulnerabilidade desse jovem quanto ao sistema de controle penal e à marginalização, através da oferta de um conjunto de serviços e políticas públicas e sociais que atendam às suas necessidades e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários dessa pessoa em peculiar situação de desenvolvimento¹²⁹.

¹²⁶ *Idem*, p. 36.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 36. o

¹²⁸ As medidas socioeducativas no sistema brasileiro são elencadas no art. 112, ECA e correspondem às penas ditadas no Código Penal, com exceção da pena pecuniária, de multa.

¹²⁹ A escolha da medida que mais se adequa às necessidades pessoais de cada menor resta bastante clara no art. 6.º, LTE e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários se depreendem dos arts. 22.º, 159.º e outros da LTE. No Brasil, os mesmos princípios são dispostos destacadamente nos arts. 4.º e 100 do ECA, dentre outros, além de informarem toda a sistemática introduzida pela Lei n.º 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

De fácil percepção, o modelo tutelar educativo preconiza o superior interesse do adolescente eis que as medidas a serem-lhe fixadas pelo juiz, não obstante venham como resposta ao cometimento de fato ilícito e antijurídico, terão como finalidade primordial prepara-lo para uma vida adulta produtiva e conforme a lei, com a internalização dos valores fundamentais para a convivência social, uma vez que a própria norma especial impõe a sua eleição a partir das necessidades do adolescente, obrigando o Estado a, junto com a família e a comunidade, inseri-lo em atividades que favoreçam seu bom desenvolvimento e evolução.

Na verdade, o caráter sancionatório da medida tutelar educativa é, de certa forma, de mão dupla, pois, se de um lado o adolescente será obrigado a participar de certas atividades pedagógicas, ambulatoriais, sócio-culturais ou profissionalizantes, bem como pode ter restrição coercitiva de alguns direitos e privação de liberdade, do lado reverso, no momento em que é inserido no sistema, passa a contar com a fiscalização judicial e de toda a rede de profissionais interligada no sistema tutelar para que as políticas públicas lhe sejam oferecidas com efetividade e que a família e a comunidade ocupem seus espaços na vida desse jovem que, muitas vezes, até o momento de cometer o crime vinha sendo negligenciado por todas essas instituições – Estado, família e comunidade¹³⁰.

É, pois, nesse sentido que as medidas tutelares educativas ao tempo em que observarão as circunstâncias e a gravidade do delito cometido pelo adolescente, terão igualmente em conta sua capacidade de cumprimento e suas necessidades pedagógicas, preferindo-se, sempre, aquelas que visam o fortalecimento de seus vínculos familiares e comunitários, podendo ser fixadas isolada ou cumulativamente, bem como ser substituídas a qualquer tempo, desde que assim indique a condição pessoal do educando. Tudo isso se

¹³⁰ Sobre a medida tutelar, ou socioeducativa, oportunizar ao Estado e aos adultos suprir ou corrigir suas próprias falhas e omissões com relação ao adolescente que cometeu ato infracional, ver: SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. *op. cit.* nota 86, pp.49-50.

depreende da conjugação dos arts. 6.º, 7.º, 8.º, 136.º, e demais dispositivos da LTE¹³¹.

Ainda, importante destacar que alguns princípios regem a fixação e execução das medidas tutelares educativas, tais como o superior interesse do adolescente, a legalidade, o devido processo legal, a atualidade, a excepcionalidade e brevidade das medidas tutelares, e a impossibilidade de receber intervenção mais longa ou mais gravosa que a do adulto em situação análoga, nos moldes expostos logo nos primeiros artigos da LTE e nos instrumentos normativos da comunidade internacional, notadamente as Regras de Beijing e as recomendações do Conselho da Europa¹³².

No caso concreto, verificando a ocorrência de fato previamente descrito em lei como crime, depois de analisadas possíveis causas de exclusão ou diminuição da ilicitude ou da culpa¹³³, deve o julgador aplicar a medida que melhor se preste a atender às necessidades do adolescente, preferindo sempre aquelas que lhe restrinjam menos direitos e lhe acrescentem mais socialização, em meio que favoreça a evolução do seu comportamento, observando-se a celeridade para fixação da medida, a fim de que não perca sua atualidade, além de ser recomendável que se prolongue apenas pelo período estritamente necessário ao cumprimento de sua finalidade.

Repise-se, a conduta infracional há de ser analisada no caso concreto à luz dos elementos normativos da culpa, como forma de se obter um juízo de reprovação sobre o fato e seu autor, não se admitindo, em qualquer hipótese, que o adolescente receba medida tutelar, por fato que, se fosse penalmente imputável não mereceria reprovação estatal¹³⁴.

Nesse sentido, apontam as Regras de Beijing n.º 5.1.0: “O sistema de Justiça da Infância e da Juventude enfatizará o bem-estar do jovem e garantirá

¹³¹ No ECA, esses preceitos estão inseridos nos arts. 112 e 113, c/c 99 e 100.

¹³² Ver Diretrizes sobre a justiça adaptada às crianças e demais instrumentos do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_the_child-257--maximize-pt.do, acessado em: 2/5/2018. Ver também Manual de legislação europeia sobre Direitos da Criança, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016.

¹³³ Artigo 2.º, n.º 2, LTE.

¹³⁴ SARAIVA, João Batista Costa. *op. cit.* nota 86, pp.80-83, falando sobre o ECA. No entanto todos os comentários valem para a lei portuguesa, ante a semelhança dogmática da LTE e do ECA.

que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração”¹³⁵.

Convém, mais uma vez destacar que a interpretação evidenciada por aqueles que defendem um Direito Tutelar Educativo divorciado do Direito Penal, vulnerabiliza o adolescente, na medida em que esses autores desconsideram a proporcionalidade da medida aplicada em relação à infração, deixando o Estado-Juiz totalmente livre para, em nome da eminente necessidade educacional do adolescente, puni-lo longa e severamente por fatos que não receberiam mesmo tratamento na esfera penal dos adultos ou, de outra banda, menosprezar a gravidade de um fato, ante as circunstâncias pessoais do seu autor.

Como bem destaca, García Méndez¹³⁶ somente se deve utilizar a privação de liberdade “como uma forma de resposta forte e séria do Estado diante dos graves delitos cometidos por menores de idade” não se podendo confundir sua utilização “*como uma forma de “política social reforçada”* para tais jovens quando se encontram em mera situação de vulnerabilidade, nem tampouco aplicar essa medida extrema em casos que medidas mais brandas possam atingir a finalidade de educar e ressocializar o adolescente.

Diante de tudo isso, solarmete evidenciado que o sistema tutelar educativo, em seu viés sancionatório, compatibiliza punição com proteção em

¹³⁵ ONU. Regras de Beijing. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>, acessado em: 3/1/2018.

¹³⁶ García Méndez, Emílio. Das relações Públicas ao neomenorismo... *op. cit.* nota 112, p. 171, no qual critica os rumos que as medidas socioeducativas, ou tutelares educativas, vêm tomando: “Refiro-me aos problemas que se apresentam em razão dos jovens pobres das periferias dos grandes conglomerados urbanos. Problemas que até hoje algumas pessoas pretendem, de modo torpe, resolver com a destruição sistemática das garantias, a fim de utilizar a privação de liberdade não como uma forma de resposta forte e séria do Estado diante dos graves delitos cometidos por menores de idade, senão *como uma forma de “política social reforçada”* para tais jovens. Essa tendência, me arrisco a afirmar, *constitui um dos componentes centrais da questão da infância na América Latina atual*. Porém, a resposta repressiva reinante implica um duplo retrocesso. Em primeiro lugar, porque constitui uma flagrante violação às garantias mais elementares que o direito constitucional, e não apenas este, outorga (como base fundamental de legitimidade do sistema político) a todos os cidadãos e, em segundo lugar, porque o avanço da legitimidade social das respostas repressivas é diretamente proporcional à legitimidade da retração do gasto social público destinado para este tipo de população.”

correta medida, sendo, assim, favorável à boa socialização do adolescente e do jovem que nele é introduzido.

Infere-se do exposto que no sistema sancionatório próprio dos adolescentes, punição e proteção não somente constituem realidades conciliáveis, mas, fazem-se ambas necessárias ao êxito do processo educativo que levará o jovem em conflito com a lei a interiorizar comportamentos e valores positivos que levará por toda a vida.

IV – Desmistificando a idade penal

A violência aumenta e a sociedade busca culpados, retorna-se aos antigos desejos de institucionalização da vingança pública e as pessoas voltam a cobrar do Estado a inclusão no sistema penal de pessoas em fase de desenvolvimento biopsicossocial. Esse é um quadro mais ou menos global.

1. Para cada cultura uma idade penal?

A missão central do direito penal, conforme afirmou Hassemer¹³⁷, é fazer possível uma imputação justa. Nessa esteira, a responsabilidade penal juvenil tem redobrada missão no sentido de que possa realizar a justiça quanto ao ato praticado pelo adolescente, mas, ao mesmo tempo, favoreça sua socialização para que venha a ter uma vida adulta livre de desvios, produtiva e conforme a lei.

Nessa perspectiva é que na maioria dos países tem-se hoje uma idade mínima para responder por crime praticado durante a infância ou adolescência e uma outra idade mínima para responder como adulto, impondo-se, dessa forma, um limite ao poder sancionatório do Estado¹³⁸.

A eleição dessa idade mínima para responder por um crime é questão de política criminal, como tal entendendo-se o conjunto de princípios por meio dos quais o Estado instrumentaliza a prevenção e a repressão das infrações penais, viabilizando a solução dos problemas jurídicos através do jogo de valores sociais relevantes para uma comunidade.

Política criminal e criminologia andam paripasso, eis que da primeira se deve abstrair a capacidade de solução dos problemas que lhe são destinados, sendo-lhe imprescindível para a boa efetivação, as investigações empíricas sobre os instrumentos e a forma de utilizá-los, vindos da criminologia, que oferece

¹³⁷ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em direito penal. Em: BUSATO, Paulo César org. Neurociência e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2014, p.12.

¹³⁸ Ver tabela comparativa da responsabilidade penal no anexo, ao final deste trabalho e na nota 82.

as bases de dados acerca do fenômeno criminal e das suas diversas facetas: delinquente, vítima, aparatos do controle social.

É, igualmente, da interação da criminologia com a política criminal que se poderá concluir pela redução, ou não, dos efeitos danosos do Direito Penal e de seu nível de violência, sem que isso implique perda de efeito integrador, com incremento da violência social, aumentando a taxa de delitos ou de fenômenos de vingança privada.

A política criminal constitui, nesses termos, via de transformação das teorizações da Criminologia em opções e estratégias de controle da criminalidade a serem utilizadas pelo Estado.

Os postulados político-criminais devem ser levados em consideração desde o processo legislativo, passando pela fase judicial e executória, até mesmo, chegando ao momento posterior, ou seja, quando são recolhidas as conclusões acerca de eventuais efeitos criminógenos de dada tipificação penal, para o fim de propor outros e mais aprimorados encaminhamentos¹³⁹.

Nesse norte, é que Roxin¹⁴⁰ entende a política-criminal como meio valorativo de estabelecer uma ordem jurídica que realize justiça social. Assim, é papel da política criminal de um Estado ponderar as capacidades e necessidades sociais do seu povo para eleger os bens jurídicos que merecem maior proteção e assim definir o que criminalizar, ou não, e quem criminalizar, ou não, tendo-se em conta que a construção histórica e cultural de cada gente é de fundamental importância nos parâmetros a serem elevados à categoria normativa de regramento daquela comunidade.

Essas características inerentes a cada comunidade variam de acordo com alguns fatores, sendo o principal deles, a cultura.

Figueiredo Dias e Andrade¹⁴¹ definem cultura, em sentido sociológico, como sendo “os modelos colectivos de acção, identificáveis nas palavras e na

¹³⁹ Noções de política criminal inspiradas em: BIANCHINI, Alice. Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal, em todo o *paper*.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. op cit nota 68.

¹⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena. *op.cit.* nota 61, pp. 290, 291.

conduta dos membros de uma dada comunidade, dinamicamente transmitidos de geração para geração e dotados de certa durabilidade”.

Os mesmos autores¹⁴² mencionam que Eduard Tylor parece ter sido o primeiro sociólogo a propor a conceituação de cultura, nos idos de 1871, afirmando que cultura é “aquele todo complexo que compreende os conhecimentos, crenças, artes, usos, direito, costumes e todas as qualificações e atividades permanentes que o Homem adquire como membro de uma sociedade”.

Aduzem que T. Eliot, em 1948, definiu cultura como “modo peculiar de pensar, sentir e comportar-se” de uma comunidade, enquanto C. Kluckhohn e W. Kelly, em 1945, conceituaram como “um sistema historicamente derivado de ideias directrizes para a vida – implícitas ou explícitas -, que na generalidade são compartilhadas por todos ou alguns membros, especialmente designados, de um grupo”¹⁴³.

Pontuam, ainda, Figueiredo Dias e Andrade¹⁴⁴, ao discorrerem acerca das teorias da subcultura delinquente, que o crime resulta da obediência a um código moral ou cultural, que induz ao ingresso na criminalidade por significar a conversão de sistemas de crenças e valores em ação, da mesma forma como ocorre com o comportamento conforme a lei. Assim, o indivíduo conquista status e sucesso ao corresponder às expectativas do grupo de referência, do seu meio cultural.

De outra banda, as neurociências já assentaram evidências sobre a influência do ambiente na conduta do adolescente, bem como, que fatores como a situação de pobreza, o abuso sexual, a negligência com os cuidados da criança e a delinquência infantil, junto com antecedentes neurobiológicos e psicológicos, somados ao contexto social em que se desenvolveu o sujeito,

¹⁴² FIGUEIREDO DIAS e ANDRADE. *op. cit* nota 61, em nota de rodapé nas mesmas páginas 290, 291.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 291.

influenciarão na formação da sua moral¹⁴⁵ e, conseqüentemente da sua conduta.

Nesse contexto, a cultura, enquanto modo de viver que reúne os costumes de um povo, certamente, é determinante na formação moral dessas pessoas, pelo que os conceitos de justo e injusto, certo e errado, variarão de acordo com a vivência desse povo.

Pois bem! Diferentes povos possuem diferentes culturas, por isso mesmo não se deve cogitar da fixação de parâmetros mundialmente aplicáveis para regular a idade em que a pessoa deve ser inserida no sistema penal especial da criança e do adolescente, ou naquele dos adultos.

Como magistralmente discorre Silva Dias¹⁴⁶ no sentido normativo o multiculturalismo designa “uma concepção ético-política sobre a organização justa de uma sociedade com tais características”. Segue afirmando que na perspectiva multicultural busca-se o “reconhecimento do outro como um igual que é diverso”, no entendimento “recíproco como sujeitos autônomos simultaneamente iguais e diferentes”.

Saliente-se que a definição de Silva Dias refere-se ao contemporâneo multiculturalismo relacionado às emigrações que levam povos de diferentes etnias e culturas a conviverem no espaço de um mesmo país, desafiando dia-a-dia o Estado e as pessoas a encontrarem vias para uma convivência pacífica, além da adequação do sistema de justiça e das próprias normas às exigências peculiares dessas diversas culturas, sem, contudo, perderem sua identidade e autonomia enquanto sujeitos de direitos e obrigações. Evidentemente, as mesmas noções podem se aplicar para as diferentes culturas, de povos diversos, em suas respectivas pátrias mães.

¹⁴⁵ SLACHEVSKY, A et al. *Cortex prefrontal y trastornos del comportamiento: Modelos explicativos y métodos de evaluación*. Em: Chil Neuro-Psiquiatria 2005; 43:109-21, *apud*: SLACHEVSKY, Andrea et al. *La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral*. *op. cit.* nota 7, p. 2 ss.

¹⁴⁶ SILVA DIAS, Augusto. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. Em: Multiculturalismo e Direito Penal. Teresa Pizarro Beleza, Pedro Caeiro, Frederico Lacerda da Costa Pinto (org.). Coimbra: Almedina, março, 2014, pp. 15-31, com destaque para p. 17. Nesse artigo o autor alguns exemplos, como a excisão clitoriana feminina em alguns povos africanos e a ocorrência de homicídios que se apoiam na manutenção da honra familiar em comunidades turcas.

Como bem reforça Silva Dias¹⁴⁷ a igualdade e a diferença desses sujeitos se calca, dentre outros aspectos, “na constituição cultural diversa do espírito humano, na constatação de que nascemos e crescemos inseridos em redes ou plexos de sentido não uniformes, que influenciam amplamente o nosso modo de pensar e de agir”.

Assim, por óbvio, ao tempo em que se reconhece a identidade cultural de um povo, que ainda assim resguarda a identidade de cada concidadão, imagine-se o quão malfadada seria a literal universalização de uma política criminal, como é o caso da idade mínima de responsabilização criminal que, além de ferir a autonomia dos Estados, ainda pecaria pela incapacidade de atender às necessidades das diversas nações e seus respectivos povos.

Interessantes reflexões acerca da insuficiência do universalismo racional são feitas por Sousa Mendes¹⁴⁸ quando demonstra que o modelo universalista sugere a “possibilidade de construção racional de um sistema de normas válido para todas as pessoas e para todos os casos da vida”, quando, na verdade, uma solução com essa abrangência *erga omnes* entraria em contradição com a solução mais justa no caso concreto.

Assevera o autor¹⁴⁹ que já antes de Cristo, Aristóteles preocupava-se com a prevalência da razão universal sobre a equidade, e que alguns filósofos modernos cogitam a possibilidade de derrogação da justiça estrita por revogabilidade da norma, enquanto outros, mais universalistas, aceitariam apenas a possibilidade de anular a razão de agir conforme a norma, se circunstâncias extraordinárias do caso concreto indicarem a renúncia à devida ação.

Mais adiante, tratando do particularismo racional¹⁵⁰, argumenta que os particularistas acreditam que não há norma uniforme e invariavelmente relevante, acrescentado que a mesma circunstância pode ser razão para agir

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 17.

¹⁴⁸ SOUSA MENDES, Paulo. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – em especial no domínio do Direito Penal. Em: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Teresa Pizarro Beleza, Pedro Caeiro, Frederico Lacerda da Costa Pinto (org.). Coimbra: Almedina, março, 2014, pp.143-152, especialmente, pp.144-146.

¹⁴⁹ *Ibidem*. neste particular, cita: ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*. Sarah Broadie (trad.). Liv. 10, 1137b11-24. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.174.

¹⁵⁰ *Ibidem*. p.147-148.

em um caso concreto e não agir em outro, ou, ainda, ser absolutamente irrelevante numa terceira situação. Por isso, sustenta que as regras de conduta são provisórias, mostrando-se válidas para a solução geral dos casos e para quando não há tempo, ou nossas capacidades não são suficientes, para analisar corretamente as circunstâncias do caso concreto, como forma de indicar a maneira menos perigosa de agir.

Segue defendendo o pluralismo liberal, indicando que seus ideais demonstram a possibilidade de haver mais de uma resposta justa e equitativa para situações cotidianas em que se escolhe uma ou outra razão para agir de determinada maneira¹⁵¹.

Conclui por afirmar que “a riqueza dos casos concretos, a necessidade de atender às suas particularidades e a abertura às diferentes mundividências” indicam a prescindibilidade da sistematização metodológica de conceitos abstratos e deduções lógicas meramente formalistas¹⁵².

As ponderações de Sousa Mendes se dirigem a ordenamentos jurídicos instituídos para um mesmo povo, de uma mesma nação, demonstrando que culturas jurídicas que carecem de sistematização, como a anglo-americana, não se ressentem dessa falta, por se organizarem validamente através de outras vias, no caso, a jurisprudência e a doutrina. Ainda deixa claro que os sistemas estão em permanente “autodesenvolvimento” orientado para sua finalidade, como é o caso da política criminal adotada por uma nação.

Posto isso, percebe-se que se a norma vigente em um Estado segue em “autodesenvolvimento”, com maior razão, as diversidades culturais devem ser respeitadas na formação do ordenamento jurídico de cada nação.

Com efeito, as raízes culturais de um povo influenciam na formação da identidade de cada indivíduo e na realização do seu projeto de vida, somente sendo justificável à comunidade internacional influenciar nas suas políticas

¹⁵¹ SOUSA MENDES, Paulo. *op. cit* nota 148, p. 149. Neste ponto, Sousa Mendes cita: AA.VV., *Pluralism: The Philosophy and Politics of Diversity*. Maria Baghramian e Attracta Ingram (org.). London/New York: Routledge, 2000.

¹⁵² *Ibidem*. p. 152.

sociais ou criminais para resguardar bens jurídicos de elevada magnitude, como é o caso da dignidade da pessoa enquanto ser humano.

Imperioso reconhecer que a fixação da idade mínima para responsabilização criminal é matéria que deve se adequar às necessidades específicas de prevenção e sancionamento das infrações penais protegendo os bens jurídicos relevantes no contexto de sua respectiva cultura, que varia aos quatro cantos do planeta, não se podendo afirmar que a solução que atende a um povo, atenderá obrigatoriamente às pessoas de uma outra matriz cultural.

A título de ilustração, pode-se pensar nos exemplos citados por Silva Dias acerca do multiculturalismo, como o caso dos homicídios que visam o restabelecimento da honra familiar na Turquia, ou a excisão clitoriana feminina em alguns povos africanos, que na cultura da maior parte dos países europeus e americanos seriam impensáveis e severamente puníveis, para essas culturas são fatos aceitáveis e, até mesmo esperados pelo grupo.

Do mesmo modo, comportamentos esperados de uma criança ou um adolescente em uma cultura, podem ser severamente combatidos em outra cultura, não restando qualquer dúvida de que o modo de viver de um povo, suas experiências culturais e costumes influenciam no amadurecimento cognitivo e moral das pessoas.

Importante lembrar que, como destacam Steinberg e colegas¹⁵³, assim como diversos outros autores citados neste trabalho, não se pode confundir maturidade intelectual ou cognitiva com maturidade psicossocial, havendo evidências científicas de que a maturidade intelectual, influenciada pelo ambiente e pela cultura, é alcançada alguns anos antes da maturidade psicossocial, que decorre do desenvolvimento completo do cérebro social – região do córtex pré-frontal.

Assim, não há mesmo como sistematizar em caráter global a incidência da lei penal sobre certas condutas e, muito menos ainda a idade penal mínima em consenso mundial, devendo certamente, ser respeitadas as variadas

¹⁵³ STEINBERG, Laurence *et al.* *Are adolescent less mature than adults?* *op. cit.* nota 1, p.593.

culturas, com a intervenção da comunidade internacional apenas em casos concretos que excedam ao aceitável como dignidade da pessoa humana.

Some-se a todo o exposto o fato de que a idade para responsabilização criminal, seja no sistema adotado para o adolescente ou na esfera comum do adulto, é questão de política criminal a respeito da qual prevalece a autonomia dos Estados na sua fixação, não obstante, recomendações internacionais sejam costuradas, como é o caso das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil, as multimencionadas Regras de Beijing, que em seu n.º 4.1 recomendam que a idade de responsabilização da criança não deve se dar em idade demasiadamente baixa e deve ter em conta sua maturidade afetiva, psicológica e intelectual.

2. A gravidade do ato deve determinar a idade penal?

Em alguns países a idade da responsabilização penal varia de acordo com a natureza do ato infracional, sendo geralmente diminuída nos casos de crimes considerados muito graves, ou hediondos.

Sabe-se que os sistemas especiais de responsabilização juvenil, inspirados na Convenção dos Direitos da Criança, devem sempre observar o superior interesse do jovem e considerar sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento biopsicossocial, tanto no que tange às garantias processuais que lhe serão dispensadas, como no que trata da punição a ser-lhe fixada.

Não resta dúvida, na ocorrência de um crime grave a necessidade de intervenção estatal é premente, seja em razão da prevenção especial, que indica o encaminhamento do próprio agente a um sistema que o instrua para uma vida pacífica em sociedade, evitando a reincidência; pela prevenção geral que reclama uma atitude do Estado para reforçar a necessidade de observância da norma; ou, até mesmo para aqueles que vêm a punição apenas pelo viés retributivo, hoje também impregnado pelo caráter pedagógico, a fim de que responda pelo seu erro e oportunize ao Estado sua ressocialização.

Necessário reafirmar que, no caso do adolescente em conflito com a lei, o sancionamento visará sempre em primeiríssimo lugar a prevenção especial constituída no interesse em educá-lo para a vida adulta.

Oportuno, então, questionar se é legítimo inserir o adolescente mais cedo no sistema penal dos adultos em razão da gravidade do ato cometido, considerando sua condição de desenvolvimento biopsicossocial? Não se vislumbra acerto nessa solução.

A gravidade do ato em nada altera a peculiar situação do jovem, que tem ainda o desenvolvimento cerebral incompleto, fazendo com que tenha diminuída percepção do risco, seja naturalmente impulsivo, tenha menor capacidade de tomar decisões e de planejá-las, busque sensações novas e gratificação imediata, seja mais susceptível à pressão do grupo, tenha menor capacidade de controlar seus estados emocionais e dirija seus atos ao presente, sem pensar no futuro, como já foi acima destacado¹⁵⁴.

É certo que atos mais graves, com requintes de crueldade ou violência, e aqueles que atingem mais fortemente a coletividade, devem ser rechaçados com rigor, mas em regime próprio ao adolescente em conflito com a lei.

O sistema de justiça infanto-juvenil não pode e não deve ser confundido com inação do Estado ou com impunidade, mas visto como sistema adequado a viabilizar uma justiça penal eficaz, manejada através de um sistema especial que atende às peculiaridades do adolescente como pessoa em desenvolvimento biopsicossocial e ao dever estatal de controle da criminalidade e da violência, através de políticas públicas eficazes.

Com efeito, o adolescente que venha a cometer um ato de destacada gravidade deve por ele responder e receber punição, atendimento educacional e psicossocial que o encaminhe para um futuro dentro dos parâmetros da licitude e de uma vida futura produtiva, com internalização das regras sociais que deve seguir por todos os seus dias.

¹⁵⁴ Sobre a necessidade de um sistema penal diferenciado para o adolescente em razão de suas características comportamentais apontadas pela psicologia evolutiva, elencando-as e citando diversos autores da matéria: PÉREZ, Laura Pozuelo. *Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente – Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad. op. cit. nota 1, p. 4.*

O sistema tutelar dispõe de medidas que, ao lado de atenderem à prevenção geral¹⁵⁵, por manterem o jovem em internação que corresponde a uma pena privativa de liberdade – a reclusão –, deverá oferecer-lhe educação, profissionalização e atendimento multidisciplinar, inclusive médico e psicológico, de forma a encaminhá-lo a um futuro produtivo e um bom convívio social, como eficiente meio de prevenção especial positiva.

A inserção prematura desse jovem no sistema penal de adultos, além de atentar contra as orientações internacionais protetivas da infância e da juventude, ainda levará essa pessoa, imatura e influenciável, ao convívio com delinquentes mais experientes e ardilosos, com alto poder de persuasão sobre os mais jovens, que passam a tê-los como heróis de acordo com a crescente periculosidade, formando-os para uma criminalidade adulta especializada, ao invés de resgatá-los para o convívio social saudável.

Há, certamente, quem pense que os jovens infratores já estão de tal maneira audaciosos que nada teriam a aprender com os maiores em um presídio. Engano! Estudos neurocientíficos demonstram que em razão da plasticidade de suas funções cerebrais o adolescente tem maior propensão em moldar seu comportamento de acordo com estímulos externos. Dessa maneira, a convivência diuturna com pessoas que já perderam a perspectiva de futuro, já trazem uma sobrecarga de dores emocionais e refinamento nas práticas criminosas, bem como, experiência nas atividades ilegais de como ter ou não sucesso no ramo, faz toda a diferença na formação do adolescente.

Por essas mesmas razões, Steinberg¹⁵⁶ fundamenta seu pensamento no sentido de que a inserção do adolescente no sistema punitivo adulto é totalmente contraproducente para a ressocialização desejada, ante sua peculiar situação de desenvolvimento.

¹⁵⁵ Repise-se que muitos autores não reconhecem na medida tutelar o caráter afirmador da validade da norma que constituir a prevenção geral.

¹⁵⁶ STEINBERG, Laurence. *Adolescent Development and Juvenile Justice*. Em: *Annual Review of Clinical Psychology*, 2009, pp. 47-63.

Além de tudo isso, Bechtold e Cauffman¹⁵⁷ demonstram, através de estudos empíricos, realizados em experiência que envolveu 364 jovens entre 14 e 17 anos de idade e veio a confirmar dados já anteriormente sustentados no sentido de que adolescentes julgados ou encarcerados em sistema penal de adultos revelam diminuída condição de defesa, desenvolvem uma relevante tendência ao suicídio e à automutilação, são vítimas frequentes de abusos sexuais e outros tipos de violência, além de maior tendência reincidência criminal.

Os autores¹⁵⁸ citam, em seguida, experiência em que 519 jovens que cometeram crimes graves e cumpriram medidas em centros educacionais de adolescentes, em programa adequado às suas idades, não apresentaram tendência à contumácia criminal durante o ano seguinte.

Solarmente esclarecido, então, que impor ao adolescente sanções próprias para adultos e na companhia desses contraria a finalidade socializadora das sanções aceitas pela comunidade internacional para essa faixa etária, eis que dificulta o desenvolvimento cognitivo e o bom amadurecimento psicossocial do jovem, além de interferir em aspectos que influenciarão sua vida futura, como sua escolarização, preparação e ingresso na vida laboral¹⁵⁹.

Dessa forma, independentemente da gravidade do ato cometido, o adolescente deve ser julgado e cumprir sanção adequada a sua faixa etária, observadas as peculiaridades da fase em que se encontra, e para que possa receber tratamento que o encaminhe a um amadurecimento biopsicossocial que favoreça uma vida adulta conforme as regras sociais e legais.

Registre-se que os parâmetros do Direito Penal Juvenil constituem interesse não só do adolescente em conflito com a lei, mas de toda a sociedade que um dia o receberá de volta em seu seio, com as aquisições

¹⁵⁷ BECHTOLD, Jordan; CAUFFMAN, Elizabeth. *Tried as an Adult, Housed as a Juvenile: a Tale of Youth from Two Courts Incarcerated Together*. Em: *Law and Human Behavior*, 2014, vol. 38, n. 2, 126-138, informações em todo o *paper*. No mesmo sentido: CAUFFMAN, Elizabeth. *Aligning Justice System Processing with Developmental Science*. cit nota

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ POZUELO PÉREZ, Laura. *op. cit.* nota 1, p. 22.

positivas e negativas da intervenção recebida enquanto cumpria a medida punitiva ou ressocializadora.

Na verdade, é preciso fazer uma reflexão acerca do fundamento moderno para as penas e medidas socioeducativas que não mais se confundem com vingança pública, meramente retributiva, ou com a expiação preponderante na prevenção geral.

Em se tratando de adolescente, tendo em vista seu superior interesse, preconizado por instrumentos internacionais e pelas legislações da maioria dos países ocidentais, o cerne da questão não pode ser o ato infracional cometido, mas o rumo que será dado ao adolescente a partir do momento em que ele chegou ao sistema de justiça e aos cuidados imediatos do Estado, através do cometimento de ato ilícito e antijurídico.

No mais, na concorrência entre o interesse do adolescente de ser julgado em sistema especial e a proteção de qualquer outro bem jurídico afetado pelo crime por ele cometido, há de prevalecer sempre o superior interesse do jovem, face à prioridade absoluta que deve ser dada aos seus direitos e garantias, preconizada internacionalmente. Trocando em miúdos, deve prevalecer o interesse do jovem de ser julgado em sistema próprio e neste cumprir a medida sancionadora.

Por tudo isso, a solução de variar a idade penal de acordo com a gravidade do ato cometido, além de não atender ao anseio de segurança tão clamado pela sociedade hodierna¹⁶⁰, retira o superior interesse infantojuvenil do epicentro da intervenção estatal, para priorizar a tutela do bem jurídico ofendido, em flagrante desatenção aos princípios internacionais que protegem a criança e o adolescente, não sendo recomendável.

¹⁶⁰ O envolvimento de crianças e adolescentes na criminalidade ultimamente tem sido mais noticiado, por isso mesmo ganhou números, passando a sociedade a atribuir a essa população uma grande influência no quadro geral de violência, o que não corresponde à realidade, uma vez que a violência praticada por criança ou adolescente não se iguala, tampouco ultrapassa, a violência praticada por adultos. Aliás, diversos estudos demonstram que crianças e adolescentes são muito mais vítimas do que autores da violência urbana, com simples busca na *internet* essa realidade é facilmente percebida.

3. Idade mínima pra quê?

Com os parâmetros instituídos pela diferenciação da sanção a ser aplicada à criança, ao adolescente, ao adulto jovem e ao adulto propriamente dito, busca-se atender às necessidades peculiares de cada fase nos diferentes sistemas, para que a sanção não assuma papel meramente retributivo para com a pessoa que, com seu ato de desvalor social cometeu um crime, mas, que se tenha no agir do Estado meios de prevenção geral e especial, além de uma porta aberta para efetiva mudança na vida do infrator. Os diferentes sistemas, são, assim, imprescindíveis para que sejam alcançados os objetivos almejados do poder sancionatório estatal.

Afirma Sposato¹⁶¹ que historicamente três fórmulas sustentaram as razões para atenuar ou excluir a responsabilidade penal de menores, quais sejam, os critérios psicológico, biológico ou cronológico, e o misto. Assevera que no primeiro critério atende-se à capacidade de discernimento do menor, enquanto no segundo se estabelece um limite de idade abaixo da qual, de maneira automática, exclui-se sua responsabilidade criminal e, no terceiro, combinam-se ambos os critérios, não sendo suficiente possuir determinada idade, impondo-se, também, que no momento do cometimento do fato delitivo o agente careça da capacidade de compreender a ilicitude daquele fato e de atuar conforme essa compreensão.

Mister reconhecer, no entanto, que o discernimento que rege os critérios psicológico e misto, jamais foi validamente definido, apesar de muito esforço doutrinário nesse sentido. Na verdade, o critério do discernimento abria ao julgador espaço demasiadamente alargado de arbítrio, redundando num funcionamento conforme a conveniência do Tribunal que o declarava a partir do interesse ou desinteresse em aplicar a pena, numa ótica totalmente correcionalista baseada no entendimento pessoal e casualista de quando a pena seria útil ou inútil para o menor.

Tendência atual, o critério cronológico ou biológico se constitui como fato indiscutível, e assim exclui qualquer discussão acerca da capacidade do sujeito

¹⁶¹ SPOSATO, Karyna Batista. op. cit. nota 70, pp.161 ss.

de compreender o caráter ilícito de seu ato, a não ser quando lhe pese outra circunstância excludente, como a enfermidade mental, constituindo-se em critério mais respeitoso e democrático, por levar em consideração a capacidade do homem médio, respeitando todas as pessoas desde o nascimento, na qualidade de sujeito de direitos e não objeto do arbítrio estatal e subjetivismo dos operadores do direito ou das equipes interdisciplinares que atuam nos Tribunais.

As diversas nuances retratadas neste trabalho, quer pelo viés das neurociências ou da psicologia, demonstram que a criança não tem ainda maturidade para compreender a perspectiva da terceira pessoa e nem do sistema social em que vive, pois se encontra em fase eminentemente egocêntrica. Além disso, seu cérebro não está suficientemente desenvolvido para agir conforme a motivação moral em alguns casos já absorvida, tendo em vista que a proliferação de sinapses que tem nessa fase da vida, torna para ela o processo decisório uma atividade extremamente complexa e extenuante¹⁶².

Reconhecida a imaturidade da criança, quer nos padrões comportamentais ou fisiológicos, inócua seria a instituição de sistema de apuração da responsabilidade criminal nessa faixa etária, uma vez que assumiria feição meramente retributiva, posto que, na tenra idade não se pode esperar que a pessoa tenha agido com culpa, seja capaz de cumprir uma medida sancionatória ou se beneficie da instrumentalização desta.

A exata idade em que a pessoa sai da infância e entra na adolescência ou sai desta e entra na fase adulta não é consenso nem mesmo entre neurocientistas e psicólogos, ou para organismos nacionais ou internacionais que cuidam da proteção infantojuvenil.

Fato é que, na maior parte dos estudos consultados, a similitude e linearidade dos padrões comportamentais e do desenvolvimento das funções

¹⁶² Conclusão a que se chega, a partir do cotejo das informações trazidas no capítulo II, sobretudo das lições de Luna, cit. nota 57; Pozuelo Pérez, nota 1; Nunner-Winkler, nota 27; Blakemore, nota 18; Steinberg, nota 4 e outras e Slachevsky, nota 7 e outras, multimencionados.

cerebrais compatíveis com a infância são apontados como perdurando até a faixa dos 11 a 13 anos de idade, ou, em menor escala, aos 9 anos de idade¹⁶³.

Em suas lições Cauffman¹⁶⁴ destaca que até os 13 anos de idade a criança não apresenta, sequer, capacidade de defesa, posto que não está apta a selecionar as informações que deve transmitir à sua defesa técnica para serem postas em seu favor, diante da sua imaturidade cognitiva e psicossocial.

Dessa forma, certíssimos se encontram os ordenamentos jurídicos que, garantindo um processo justo, não aplicam qualquer sanção nos casos de cometimento de fato descrito como crime, por uma criança, variando essa idade limite entre os 11 e os 13 anos, de acordo com a maioria dos estudos neurocientíficos, corroborados pela psicologia evolutiva.

Assim, o critério que deve prevalecer é mesmo o da razoabilidade. Por isso, as Diretrizes de Beijing para as Nações Unidas e as recomendações do Conselho Europeu, conforme foi visto, recomendam que a idade mínima para responsabilização da pessoa pela prática de um crime não deve ser tão baixa que alcance pessoas que não tenham atingido um mínimo de maturidade emocional, mental e intelectual, estando os ordenamentos da maioria dos países da comunidade internacional de acordo com essas regras. Observa-se, por exemplo, que Portugal, Espanha e Brasil têm idade mínima para processamento do adolescente em conflito com a lei aos 12 anos e Alemanha aos 14 anos de idade¹⁶⁵.

Nesse tom, as crianças de 0 a 12 anos incompletos em Portugal, Brasil e Espanha e aquelas de 0 a 14 anos incompletos na Alemanha, ainda que cometam um fato descrito em lei como crime, estando presentes a ilicitude e antijuricidade, não serão sancionadas, posto que efetivamente inimputáveis, cabendo a elas, conforme particularidades de cada sistema, medidas de

¹⁶³ Ver: Slachevsky, cit. nota 7; Mill, cit. nota 15; Gotay cit. nota 17; Tamnes, cit. nota 20; Nunner-Winkler, cit. nota 27; Rudolphs, cit. nota 52 e Blakemore, cit. notas 7 e 14.

¹⁶⁴ CAUFFMAN, Elizabeth. *Aligning Justice System Processing with Developmental Science*. Em: *American Society of Criminology 2012, Criminology & Public Policy*, vol. 11, issue 4, p. 751.

¹⁶⁵ Conforme tabela constante do Anexo, citada na nota 82.

proteção que garantam seu bom desenvolvimento biopsicossocial dali em diante¹⁶⁶.

Repise-se, nesses países as crianças são verdadeiramente inimputáveis, o que encontra total consonância com os princípios mais basilares de proteção à infância, garantindo-se, seu superior interesse, tão prestigiado pela comunidade internacional.

Conforme destacam diversos autores, entre a infância e a adultez existe uma fase intermediária, igualmente com suas peculiaridades, à qual se denomina adolescência, não havendo também quanto a esta uma uniformidade de entendimento acerca das idades em que nela se entra e sai. A maioria dos estudos considera o início da adolescência depois dos 11 anos, estendendo-a até os 17, 18, 19, 22 ou até meados da segunda década de vida¹⁶⁷.

As ciências sociais constataam que com as mudanças culturais do mundo moderno os jovens perduram mais tempo na fase escolar, avançando no grau de escolaridade, além de demorarem mais para se casar e para sair da casa dos pais, estendendo o comportamento adolescente até se aproximarem dos 30 anos.

Para os psicólogos, a adolescência é um período de conclusão do desenvolvimento, que prepara a pessoa para a vida adulta, chegando a uma maturidade cognitiva por volta dos 18 anos, não obstante a concepção atual seja de que esse aprimoramento cognitivo seja contínuo e não se estanque na adolescência¹⁶⁸.

Na visão neurocientífica, já amplamente exposta, o período da adolescência iniciado com a carga hormonal da puberdade, é marcado pela

¹⁶⁶ Essas medidas, previstas em legislação própria, geralmente incluem escolarização, tratamentos hospitalares ou ambulatoriais, programas de orientação à criança e à família, e até, em casos mais extremos de vulnerabilidade, colocação em instituição de acolhimento, abrigamento, ou ainda em família substituta. Tais medidas não serão aqui detalhadas, por fugirem ao escopo do trabalho.

¹⁶⁷ Ver mesmos trechos destacados na nota 158, constates do capítulo II, notadamente os trabalhos de SLACHEVSKY, op. cit. nota 7 e TAMNES, op. cit. nota 20, que apontam o desenvolvimento cerebral até ao redor dos 30 anos, na jovem adultez.

¹⁶⁸ LEHALLE, Henri. O desenvolvimento cognitivo durante a adolescência. Em: Crianças e Adolescentes. António castro Foseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho, 2010p. 288-330, destaque p.323.

vulnerabilidade de uma proliferação de sinapses cerebrais que dificultam as decisões qualitativas, além de estarem com toda a região do cérebro social em franco desenvolvimento, fazendo com que sejam mais propensos a comportamentos de risco, busca de sensações e novas emoções, bem como têm maior dificuldade em resistir aos impulsos¹⁶⁹.

Diante de tudo isso, percebe-se que o adolescente, embora ainda não tenha atingido total amadurecimento de suas habilidades físicas ou mentais, se encontrando em peculiar situação de desenvolvimento, já é capaz de, com alguma dificuldade maior que o adulto, perceber a existência do outro e a necessidade de cumprir as normas assecuratórias da convivência em sociedade.

Nesse diapasão, em Portugal a responsabilização do adolescente no sistema tutelar, regido pelo Direito Penal Juvenil, se dá na faixa dos 12 anos completos aos 16 incompletos, enquanto no Brasil e na Espanha essa imputabilidade *sui generis* vai dos 12 anos completos até os 18 incompletos e na Alemanha dos 14 anos completos até os 18 incompletos, todos guardando uma certa coerência com o período indicado pelas neurociências como correspondente à adolescência¹⁷⁰.

Em todos esses países, as medidas socializadoras aplicadas a esses adolescentes podem ser cumpridas até os 21 anos de idade.

Finalmente, a partir dos 16 anos em Portugal e dos 18 anos na Espanha, na Alemanha, no Brasil e em grande parte dos Estados que compõem os Estados unidos da América, o jovem é processado e julgado de acordo com o Direito Penal dos adultos. É a chamada idade penal.

A idade penal apresenta destacado interesse, tendo em vista que é a partir dela que a pessoa, em caso de condenação pela prática de um crime, será inserida no sistema carcerário dos adultos, com algumas exceções em

¹⁶⁹ LUNA, A. Beatriz. A maturação do controlo Cognitivo e o cérebro adolescente. cit. nota 57, p. 332 e 344-350. Ver também: SLACHEVSKY et al. (2005) cit. nota 7, pp. 2-3, além de todas as referências mencionadas na nota 162.

¹⁷⁰ Apenas Portugal tem a penal mínima um pouco abaixo do consenso neurocientífico a respeito do período em a pessoa sai da adolescência e ingressa na adultez.

que, apesar de julgada como adulto, a pessoa cumpre sua pena em estabelecimento privativo de jovens. Isso faz toda a diferença.

É, conforme explicita Luna¹⁷¹, em harmonia com tantos outros neurocientistas, a eliminação de sinapses e progressiva mielinização dos axônios – ao longo da adolescência e início da jovem adultez - que promove a integração mais eficiente da rede de circuitos regionais do córtex pré-frontal, incrementando a capacidade e a velocidade do tratamento da informação, e sustenta a rede de circuitos, preparando o cérebro para os comportamentos complexos.

Ao lado de tudo isso, pondera a autora que nesse período, a nível hormonal, há maior atividade dos sistemas excitatórios dopaminérgicos do que dos sistemas inibitórios serotoninérgicos, o que acaba por limitar a capacidade do adolescente de avaliar adequadamente o reforço, seja de recompensa ou punição.

A mesma autora considera, ainda, que as mudanças que ocorrem na adolescência sugerem que a plasticidade do cérebro e os mecanismos determinados biologicamente no adolescente têm uma significativa influência no seu desenvolvimento até chegar ao auge do seu desempenho cognitivo e sua estabilização quando chegar à fase de jovem adulto¹⁷².

Foulkes e Blakemore¹⁷³ advertem para o fato de que o adolescente apresenta uma hipersensibilidade para os estímulos sociais, sejam positivos ou negativos, em razão da ativação de regiões fronto-estriatais do cérebro, confirmando a noção da plasticidade cerebral nessa fase da vida. Reforçam, ainda, a influência dos pares, nessa fase e a supervalorização da aprovação destes.

¹⁷¹ LUNA, A. Beatriz. A maturação do controlo Cognitivo e o cérebro adolescente. *op. cit* nota 57, p. 342-344.

¹⁷² LUNA, A. Beatriz. *Idem*, p. 332.

¹⁷³ FOULKES, Lucy; BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *Is there heightened sensitivity to social reward in adolescence?* Em: *Current Opinion in Neurobiology* 2016,40:81-85.

Ainda, Fett¹⁷⁴ e colaboradores, destacam a importância da interação social na adolescência, reforçando a ideia da reciprocidade nos relacionamentos, com forte influência positiva ou negativa dos pares. Chamaram a atenção para o fato de que nessa fase do desenvolvimento a confiança no outro ganha maior relevância, o que favorece a influência na sua aquisição cognitiva, tendo igualmente reflexos mais drásticos quanto à deslealdade e reforços negativos.

Por outro lado, observa-se, que a vulnerabilidade do adolescente à influência do meio, sobretudo dos pares, é bastante elevada, pelo que se conclui que inserir esse jovem, sedento de orientação, no sistema carcerário, certamente o levará a redobrada influência dos adultos em cumprimento de pena, promovendo, neste caso, uma socialização negativa, o que, certamente não é benéfico ao adolescente, tampouco à sociedade que o receberá de volta depois de cumprida a sanção.

Depreende-se das constatações trazidas à baila que em face da plasticidade do seu cérebro, o adolescente e o adulto jovem sofrem sensível influência do meio em que estão inseridos, com maior facilidade de aprendizado e reforço comportamental, positivo ou negativo, pelo que, de vital importância o sistema sancionatório em que será responsabilizado.

Percebe-se que os sistemas especiais para apuração dos atos praticados pelo adolescente em conflito com a lei têm no viés da educação e da socialização sua maior razão de ser; enquanto que sistema penal dos adultos - a quem se atribui uma maior liberdade de decisão em face da estabilidade alcançada nas funções cerebrais com reflexos no comportamento -, associam a essa imputação uma maior carga de retributividade e prevenção geral, do que mesmo a tão proclamada socialização por meio pedagógico.

Nessa esteira, Claus Roxin destaca que o Direito Penal Juvenil se converte em campo próprio do direito, em que os delitos cometidos por

¹⁷⁴ FETT, Anne-Kathrin, et al. *Trust and reciprocity in adolescence – A matter of perspective taking*. Em: *Journal of Adolescence* 37 (2014) 175-184.

menores de idade e suas consequências – parcialmente penais – tem preceitos especiais de direito material e processual¹⁷⁵.

Desse modo, a fixação da idade penal mínima é instituto de destacada relevância para que se torne possível alcançar uma justa decisão para a pessoa que comete fato descrito como crime e, ao mesmo tempo, seja viabilizado o sancionamento no sistema adequado à sua socialização de acordo com a fase em que se encontra seu desenvolvimento biopsicossocial, inserindo-a, assim, no sistema penal juvenil ou de adulto.

Nesse norte, verificadas as peculiaridades do cérebro adolescente, não resta dúvida, a melhor solução é mesmo encaminhá-lo ao sistema especial – ou tutelar -, através do qual o Estado terá uma intervenção educacional em face do cometimento do ato ilícito e antijurídico, respeitando a condição peculiar de desenvolvimento biopsicossocial do agente, ao invés de mover-se pelo castigo e pela retribuição, visando devolver à sociedade uma pessoa melhor encaminhada para uma vida responsável e digna.

Com efeito, os padrões jurídicos do Estado Democrático exigem que a culpa pelo ato concreto seja a base sobre a qual incidem a qualidade e a quantidade da sanção, não se podendo, dessarte, culpabilizar o adolescente da mesma maneira que se faz com o adulto que já conta com suas funções cerebrais estabilizadas e um maior e mais eficiente poder decisório, havendo estudos – como o de Steinberg antes mencionado - que demonstram ser contraproducente para a socialização reunir adultos e adolescentes em um mesmo programa socializador.

Ademais, conforme se observou dos estudos neurocientíficos retratados neste trabalho, a plasticidade do cérebro adolescente favorece sua educação e socialização, desde que seja inserido em programa adequado a essa evolução.

Note-se que as medidas aplicadas aos adolescentes têm uma idade limite para cumprimento, que na maioria dos países signatários dos

¹⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid. Civitas Ediciones, 1997, p. 46.

instrumentos das Nações Unidas para as causas infantojuvenis gira em torno dos 21 anos de idade, como acontece em Portugal, Espanha, Alemanha e Brasil. No caso dos Estados Unidos que não são signatários da Convenção dos Direitos da Criança, nem das Regras de Beijing, não existe este período *ad quem*, podendo o adolescente receber até mesmo prisão perpétua.

Em Portugal, é adotada política intermediária para o adulto jovem, entre 16 e 21 anos; na Espanha, e na Alemanha¹⁷⁶ esse sistema intermediário vai dos 18 aos 21 anos e em alguns estados americanos, *v.g.* Califórnia, Idaho, Nebraska e New York, essa via é observada desde a variada maioridade penal estadunidense até os 21 ou 24 anos de idade. Nesses casos, os jovens são julgados como adultos, mas cumprem a sanção a eles aplicada em instituições separadas dos adultos propriamente ditos e, em alguns casos, são beneficiados com direitos e garantias privativos dos adolescentes. Esse modelo, embora contemplado na LTE, não será esmiuçado neste trabalho por tratar de direito penal comum, aplicado a imputáveis, com incremento de alguns direitos e garantias no cumprimento da pena em seu sentido estrito, o que foge ao objetivo deste trabalho.

Refletindo acerca da política adotada nos Estados Unidos para jovens condenados no sistema penal de adultos, vale lembrar questionamento de Roxin, se “não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável no sistema?”¹⁷⁷. Apesar de reconhecer as virtudes de uma visão sistemática do direito penal, com os benefícios da segurança jurídica, da racionalização e uniformidade da jurisprudência, sustenta que as decisões devem levar em conta questões de políticas criminais sob pena de, embora claras e uniformes, não se ajustarem aos casos concretos.

É, certamente, nessa lógica que os Tribunais americanos, a despeito de legislação e antiga jurisprudência contrária, mesmo não sendo signatários dos instrumentos internacionais que orientam os direitos humanos da criança e do adolescente, têm flexibilizado suas decisões para se adequarem à óbvia

¹⁷⁶ Ver Idade Penal: Tabela comparativa. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>, acessado em 05/11/2017, mesma da nota 82 e do anexo.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 07.

necessidade de tratar essas pessoas, em peculiar condição de desenvolvimento, de forma diferenciada do tratamento penal dispensado aos adultos.

Nessa perspectiva, relevo absoluto merece a política criminal manejada pelo Estado de Direito acerca da idade mínima de responsabilização criminal, assim como, aquela de responsabilização do adolescente dito inimputável, mas com imputabilidade *sui generis*, pela repercussão que enseja nas diretrizes sociais de seu povo, através da afirmação da norma, da prevenção da reincidência e das políticas sociais que lhe destina, além do impacto que terá na vida do próprio infrator.

À guisa de sumarização, tem-se que a fixação da idade mínima para responsabilização do adolescente em sistema especial entre os 12 e os 14 anos encontra respaldo nos achados neurocientíficos que indicam essa idade como início da adolescência e momento em que a pessoa começa a ter capacidade cognitiva de enxergar-se a si mesmo e ao outro, compreendendo as normas e iniciando os processos cerebrais que a levarão a uma maturidade comportamental estável, com refinamento do poder decisório.

Por outro lado, a idade penal propriamente dita, pelo que se depreende das lições neurocientíficas, não deve ser inferior aos 17 ou 18 anos, idade apontada como fim da adolescência, podendo ainda, ser elastecida até meados da década dos vinte anos, ocasião em que seus processos cerebrais atingem uma certa estabilidade que levará por toda a vida adulta.

Registre-se, ainda, que é acertada a adoção de regime especial para cumprimento de pena pelo jovem adulto em separado do adultos mais velhos, recomendando-se, por outro lado que não sejam esses jovens inseridos no sistema do adolescente, pela evidente influência que teriam sobre eles, o que faz ver que a melhor solução é mesmo ter uma idade mínima compatível com o final da adolescência, podendo o cumprimento das medidas educativas se estender até os 25 anos, idade média em que se considera estar o jovem atingindo a maturidade cerebral – destacadamente do cérebro social.

Esse elastecimento na idade limite de cumprimento da medida educativa, com relação aos 21 anos hoje adotados na maior parte dos países, é medida salutar tanto do ponto de vista das necessidades biopsicossociais do jovem educando, como para que se possa cumprir o princípio da proporcionalidade do ato com a medida nos casos mais graves ocorridos nas proximidades da idade penal, o que também acalmaria os anseios de rebaixamento da própria idade penal, contribuindo para a pacificação social.

Tratar desigualmente os desiguais é medida de equidade e solução justa aos conflitos. Assim, considerando que a resposta penal da atualidade não se afigura totalmente eficaz para os adultos, menos ainda funcionaria para os adolescentes, que são imaturos tanto no ponto de vista psicológico como no neurobiológico, o que leva a crer que tenham menor capacidade de responsabilização e necessitem de um sistema penal e sancionatório diferenciado.

Diante de todo o exposto, não resta dúvida, as Neurociências constituem a base empírica melhor qualificada a instruir a normatização da idade penal, por serem a área do saber mais avançada no sentido de identificar o desenvolvimento da capacidade cognitiva e da maturidade psicossocial da pessoa, não se podendo prescindir de sua interdisciplinariedade com a psicologia, a filosofia e as ciências sociais como um todo.

V – Neurociências, psicologia e direito – uma relação promissora

O direito tem, cada vez mais, se socorrido de outras ciências para aprimorar seus conceitos e acompanhar a dinâmica mudança da sociedade. Nesse cenário, as neurociências começam a influenciar as ciências jurídicas, havendo mesmo quem fale na existência de um neurodireito, mas isso ainda é matéria para muitos debates e questionamentos, podendo-se afirmar que, por enquanto, as neurociências se mostram grandes aliadas do direito, apesar das críticas que essa parceria por vezes suscita.

1. Responsabilidade penal do adolescente – convenção ou ciência?

O acelerado avanço das ciências que decifram os mecanismos cerebrais humanos tem levantado dúvidas quanto aos padrões convencionados, induzindo a questionamentos acerca do que deve prevalecer para fixação dos parâmetros impostos à sociedade através das leis, não escapando ao debate a questão da responsabilidade criminal juvenil.

Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, já dizia que o jovem pode ser geômetro ou matemático, e até sábio nesses domínios, mas não parece ter a capacidade de ser prudente, demonstrando que naquela época já se perquiria acerca da idade em que alguém pode responder por seus atos¹⁷⁸.

Analisando os critérios de responsabilização criminal através da culpa, Eduardo Correia destaca três elementos: o jurídico, o psicológico e o moral¹⁷⁹, demonstrando que esses critérios variam de acordo com os Códigos, e que alguns deles, como o italiano, avaliam a liberdade de determinação como elemento meramente psicológico, enquanto em outros destaca-se o elemento normativo traduzido na consciência dos atos, que redundam no poder de avaliação moral, jurídica ou ético jurídica, como acontece no Código Suíço e na

¹⁷⁸ SLACHEVSKY, Andrea *et al.* *La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral.* *op cit.* nota 7, p. 2. Mesma obra de Aristóteles, em outra edição, foi acima mencionada em citação de SOUSA MENDES na nota 148.

¹⁷⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – I.* *op. cit.* nota 85, pp. 344-345.

nova redação do Código Alemão, que influencia grande parte da doutrina criminal ocidental, sobretudo a europeia.

Com efeito, a tendência atual é a avaliação da responsabilidade através do critério normativo, compreendendo nele a contrariedade à norma e o juízo de valor que deve ser feito pelo julgador para que se possa chegar à justa avaliação acerca dos fatos que merecem efetivamente ser punidos de modo a trazer ao seu agente e à sociedade um incremento nas relações interpessoais que justifique a intervenção estatal através da sanção penal. A liberdade de decisão é, nesses termos, mola mestra para a imputação da responsabilidade pelo cometimento de um crime.

Importante lembrar que o direito é regido pelo princípio da legalidade, assim, a norma que criminaliza uma conduta é sempre anterior à ocorrência desta, presumindo-se o conhecimento geral da sociedade acerca do desvalor indicado na norma, o que leva a grande massa a respeitar sua predição.

Necessário reconhecer que a noção da liberdade de decisão, ou livre arbítrio, não é mais a mesma. É cediço, a partir da revolução neurocientífica acerca do cérebro humano, descobriu-se que essa liberdade não é totalmente real, não obstante haja, ainda, grande parcela sua no agir do homem médio, que, na pior das hipóteses, teria a possibilidade de parar a ação, evitando o resultado, uma vez que seus processos mentais não se subsumem apenas à fisiologia cerebral, mas trazem em si os registros necessários de interação interpessoal e com o meio que também influenciam no seu comportamento, independentemente do momento em que essa consciência aconteça¹⁸⁰.

Percebe-se, dessarte, que apesar de não ter total controle de suas decisões e ações em todo o tempo, como se imaginava no passado, os

¹⁸⁰ Sobre o momento da tomada de consciência que, no mínimo, permite parar uma ação frações de segundos depois de iniciada, ver: LIBET, Benjamin. Do we have free will? The Oxford handbook of free will. New York: Oxford University Press, 2002 e MARTELETO FILHO, Wagner. O quarto de Locke e a culpa penal: breves reflexões sobre liberdade, determinismo e responsabilidade. Revista de Ciências Jurídico-Criminais. Anatomia do crime. dir. Maria Fernanda Palma. n. 1. Porto: Almedina, janeiro a junho/2015. Acerca da influência das experiências pessoais de cada um sobre a consciência e a tomada de decisão, ver: DAMÁSIO, António. O livro da consciência: A construção do cérebro consciente. Luís Oliveira Santos (trad.) Lisboa: Círculo de Leitores, 2010.

processos cerebrais que levam à consciência existem, persistindo a noção da liberdade de decisão e do livre arbítrio que seguem como termômetros da responsabilidade criminal.

Nesse diapasão, é evidente que o jovem tem sua culpabilidade diminuída, ante a peculiaridade do seu desenvolvimento cerebral ainda incompleto, o que afeta sua capacidade de decidir qualitativa e livremente acerca de uma ação.

Os estudos atuais deixam claro que em razão do excesso de sinapses ainda preservadas no cérebro adolescente, a tomada de decisão nessa idade passa por um processo extenuante, demandando muito maior esforço e disciplina que um adulto, posto que nesse momento seu cérebro tem atividade que se assemelha a um curto-circuito elétrico.

Isso não significa, contudo, que o jovem deva ficar totalmente isento de responsabilidade sobre seus atos, mas que devem prevalecer os sistemas especiais de apuração desses atos infracionais e consequente sancionamento.

Corroborando esse entendimento, Pozuelo Pérez¹⁸¹ afirma que a psicologia evolutiva e as neurociências já demonstraram que as crianças e os adolescentes são diferentes dos adultos seja do ponto de vista social, psicológico ou neurológico, o que não indica que esses jovens não tenham capacidade de entender as normas ou saber que as estão infringindo; tampouco que tenham menor capacidade cognitiva, mas pelo fato de não contarem com uma série de recursos cerebrais imprescindíveis a que se determinem do mesmo modo que um adulto.

Diante de tudo isso, não parece razoável que as convenções prevaleçam sobre a ciência para a fixação da capacidade de alguém responder por um delito em sistema próprio para adultos e cumprir a respectiva sanção em meio a pessoas que não têm as mesmas necessidades biopsicossociais, prejudicando sua ressocialização.

¹⁸¹ POZUELO PÉREZ, Laura. *Sobre la responsabilidad penal de um cerebro adolescente*. op. cit. nota 1, p.20.

A linha norte americana de considerar os conhecimentos neurocientíficos para fixar ou modificar a sanção, e, conseqüentemente influenciar a responsabilidade penal, torna-se tendência, eis que viabiliza tratamento justo aos que cometem atos em desacordo com a lei, responsabilizando cada faixa etária na medida de sua capacidade de agir e de se ressocializar.

Aliás, conforme se viu anteriormente, aferir a responsabilidade penal por meios convencionais é via já experimentada e falhada, como aconteceu no passado com a implantação dos critérios psicológico e misto para verificação da imputabilidade que, por não funcionarem a contento, caíram em desuso na maior parte do mundo, prevalecendo, o critério biológico ou cronológico, muito mais compatível com os ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos.

As convenções não devem prevalecer, por carecerem de instrumentos práticos que demonstrem sua correção, bem como, porque podem ser modificadas de acordo com o alvedrio do legislador, já que não demandam uma base sólida de conhecimentos que as justifiquem, pecando pela ausência de estabilidade jurídica e social e podendo ser modificadas ao sabor de modismos e demandas sociais passageiras - como é o caso do atual incremento da criminalidade, decorrente sobretudo das sucessivas crises econômicas que se instalam ao redor do mundo e da globalização da informação -, seja positiva ou negativa, o que tem levado os valores pessoais a constante ebulição, trazendo reiteradamente à baila a ânsia de diminuição da idade penal, como forma de tornar pública uma vingança pessoal secretamente desejada, derramando sobre alguns toda a frustração que a grande massa tem experimentado a partir das agruras que a moderna sociedade de consumo tem imposto aos que não se encontram entre a minoria de privilegiados que não se abalam com as recorrentes crises econômicas e sociais que se intercalam aqui e ali.

Por fim, conforme já se viu, o critério cronológico para determinação da idade penal é aquele que se apresenta como mais justo e melhor atende aos ideais democráticos e de equidade, sendo assim, evidente que a fixação da idade de responsabilização criminal por meio desse critério encontra nas

ciências, mormente as Neurociências, seu melhor paradigma, ante a clareza com que evidenciam o desenvolvimento cerebral humano.

Conforme destacam Steinberg e colaboradores¹⁸² as Neurociências e as ciências do desenvolvimento – aqui incluída a Psicologia Evolutiva – sozinhas não podem ditar as políticas públicas, contudo, devem informá-las, como meio de considerar os domínios do funcionamento cerebral para instruir as fronteiras da responsabilização pelo cometimento de um crime dentro das peculiaridades e necessidades de cada fase do desenvolvimento da pessoa.

Desse modo, considerando que o estabelecimento da idade penal mínima é política criminal que norteia uma sociedade em determinada época, não resta dúvida de que se deve inspirar em conhecimentos que ofereçam uma base de dados que permita o tratamento democrático e igualitário de seus concidadãos que se encontrem numa mesma situação, o que sem dúvida é possível de alcançar através das Neurociências e, não das convenções que podem ser tão voláteis quanto é a dinâmica de uma sociedade, nem sempre movida pelo ideal de justiça.

2. Liberdade e determinismo

O impacto inicial da inserção de conhecimentos adquiridos nas ciências biológicas para inspirar soluções nas ciências humanas e sociais, como o direito, muitas vezes se apresenta com um certo preconceito que as coloca em mundos inconciliáveis, o que não é de todo acertado.

Atrelar o uso das neurociências no direito a um determinismo gélido, sem sombra de dúvida está longe de ser uma boa solução. E explico nas linhas que seguem.

As ações humanas ofensivas a bens jurídicos tutelados pelo direito penal, sejam comissivas ou omissivas, somente ganham relevo a partir do momento em que se revestem de voluntariedade e se materializam no mundo

¹⁸² STEINBERG, Laurence *et al.* *Are adolescents less mature than adults?*, *op. cit.* nota 1, pp. 592-593. Ver também: CAUFFMAN, Elizabeth *et al.* *Raising the age. Raising the issues.* cit. nota 83, pp. 77-78 e CAUFFMAN, Elizabeth. *Aligning Justice System processing with developmental science.* cit. nota 164, 751-758, destacadamente pp. 754-756.

exterior, passando a chamar-se condutas, já que intenções e pensamentos não materializados são irrelevantes na esfera criminal¹⁸³.

Sabe-se que alguns neurocientistas, de uma linha mais radical, negam que a conduta humana seja livre, argumentando que as funções cerebrais se constituem numa espécie de cadeia fisiológica autônoma que domina o sujeito.

Essa tese, que se iniciou com a experiência de Libet, já multimencionada, para quem a liberdade de decisão é mera ilusão e à pessoa apenas cabe vetar um ato, mas não dominá-lo com a consciência, encontrou em Rubia¹⁸⁴ um defensor, afirmando este que as percepções, decisões, recordações e toda a emoção humana advém pura e simplesmente da mecânica neuronal, constituindo-se em dinamismo da matéria pura.

Assinala Silva Dias¹⁸⁵ que a liberdade de decisão e de ação que fundamentam os conceitos de culpa, retribuição e pena, a partir do olhar determinista, passaram a ser mera ilusão, apontando que para Greene e Cohen¹⁸⁶ “após milhares de anos de nos pensarmos como causadores incondicionados, a ciência veio demonstrar que tal não existe – que todas as causas, com a possível exceção do Big Bang, são causas condicionadas (*caused causes*). Isto criou um problema. Quando olhamos para as pessoas como sistemas físicos não podemos vê-las como mais merecedoras de censura ou de mérito do que tijolos”.

Contrárias a esse radicalismo, surgem inúmeras teses, com fortes fundamentos que embasam um encadeamento lógico das funções cerebrais, sem negar sua interatividade com diversos outros fatores inerentes a cada

¹⁸³ Corroborando esse entendimento: PALMA, Maria Fernanda. Direito Penal – Parte Geral – A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, abril 2017, cit. nota 62, pp. 14-18. Ainda, esse contexto se coaduna com o Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade desenvolvido por Claus Roxin com excelentes reflexões em: ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo (trad.). 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

¹⁸⁴ RUBIA, Francisco. *Comentarios introductorios*, in Rubia (ed.), *El cerebro: avances recientes em neurociência*, ed. UCM, *apud*: SILVA DIAS, Augusto. “Cérebro social”, diversidade cultural e responsabilidade penal. Em: Maria Fernanda Palma (dir.) *Anatomia do Crime*. n. 3. Coimbra: Almedina, janeiro-junho/2016, cit. nota 7, p.36. Sobre a experiência de Libet ver: LIBET, Benjamin. *Do we have free will? The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002, cit. nota 45.

¹⁸⁵ SILVA DIAS, Augusto. *Idem*, pp. 36-38.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 37, em que Silva Dias cita Greene e Cohen (2004), *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in Phil. Trans. R. Soc. Lond. B, 359, p. 1782.

sujeito, os quais influenciarão sua cognição, moralidade, comportamento e liberdade de decisão.

Numa corrente compatibilista Palma¹⁸⁷ adverte que se de um lado Libet trouxe à tona uma inversão na ordem cerebral em que a consciência dominaria o ato, afirmando que resta ao ser humano vetar uma ação que já foi iniciada por um processo inconsciente, por outro ele acalma os ânimos dos juristas ao reconhecer que a decisão de vetar “poderia ser tomada ainda sem a directa especificação de tal decisão pelo processo inconsciente precedente”, por deixar uma margem da liberdade pessoal que justifica a responsabilidade.

Nesse tom, não há como falar em um determinismo radical decorrente da revolução neurocientífica, tampouco que sua influência seja nefasta ao universo do direito, sobretudo o penal, seja de adolescentes ou adultos.

Na verdade, os operadores do direito sempre conviveram com um certo grau de intangibilidade acerca do subjetivismo intrínseco à conduta do agente do crime, inclusive no que diz respeito a ser ou não o fato intencional – o que se relaciona diretamente com a culpa – e ter ou não a possibilidade de agir de outra maneira – o que diz respeito diretamente às causas de exculpação.

Nesses termos, apesar de essas questões terem sempre sido resolvidas no campo da dedução decorrente do conjunto de circunstâncias que chegam ao conhecimento do julgador através da prova dos autos, a validade desses parâmetros jamais foi derogada, tampouco se declarou a falência do Direito Penal por não se ter um acesso direto e inquestionável a esse subjetivismo do autor do fato.

Mesmo cético quanto à aplicação das neurociências no direito penal, Hassemer¹⁸⁸ fez questionamentos bastante oportunos sobre o tema, refletindo sua realidade de magistrado em que indagava como poderia o juiz, de maneira responsável constatar que o acusado poderia ou não ter agido de outra forma, diante da concreta situação em que o fato ocorreu, se não investigar a

¹⁸⁷ PALMA, Maria Fernanda. O Princípio da Desculpa em Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2005, pp.48-49.

¹⁸⁸ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em direito penal. cit. nota 137, pp. 12 e ss.

liberdade de ação do acusado até o plano mais interno, de modo completo e concreto, ou seja, até chegar à consciência? Ele mesmo respondeu que o mundo jurídico sempre conviveu com esses questionamentos, que são anteriores ao surgimento das neurociências.

Essa limitação do julgador e demais operadores do direito, no sentido de estar impossibilitado de voltar ao momento do fato e perceber se o sujeito tinha ou não possibilidade de agir de outra forma, não surgiu com a revolução neurocientífica, ao contrário, ela sempre esteve presente na realidade judicial e nem por isso invalidou o Direito Penal, como reconheceu o próprio Hassemer.

Silva Dias¹⁸⁹ afirma que a estrutura do Direito Penal firma seu fundamento no “modo como nos autocompreendemos como pessoas e nos autoconduzimos individual e colectivamente” e não na constituição e no funcionamento cerebral. Acrescenta que os ordenamentos jurídicos atuais, frutos de sociedades democráticas, baseiam-se na dignidade e na autonomia das pessoas, que não podem prescindir de se perceberem mutuamente como sujeitos livres e capazes de se conduzir de acordo com suas decisões e ações. Conclui que os seres humanos são marcados por traços genéticos, constituição neuronal e capacidade mental, mas, também, pelo meio social e cultural em que crescem e vivem.

Embora essa solução receba algumas críticas, no sentido de que a percepção subjetiva de liberdade e o autoentendimento como seres livres, não constituem argumento suficiente para afastar o determinismo¹⁹⁰, observa-se que muitos neurocientistas não vêm seus achados como incluídos nessa proclamada “revolução neurocientífica”¹⁹¹.

Conforme salienta Palma¹⁹² “se a Neurociência nos oferece a hipótese do determinismo radical, a verdade é que não o consegue demonstrar”, posto que sua interção com a filosofia e a psicologia revela que, na realidade, uma

¹⁸⁹ SILVA DIAS, Augusto. “Cérebro Social”... *op. cit.* nota 7, p. 38, corroborando sua tese menciona Hassemer, Günther e Feijo Sanchez.

¹⁹⁰ CRESPO, Eduardo Demetrio. “Compatibilismo humanista”: uma proposta de conciliação entre Neurociências e Direito Penal. Em: Paulo César Bustao org. *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 26.

¹⁹¹ SILVA DIAS, *op. cit.* nota 7, p. 37

¹⁹² PALMA, Maria Fernanda. *op. cit.* nota 187, p. 51.

ligação entre a vontade e suas motivações, “como produção não voluntária da própria vontade”, que se assemelha, ao já conhecido papel do inconsciente na produção do consciente.

Na verdade, sem grande esforço, percebe-se que considerável e respeitável parcela dos neurocientistas não compactua com a visão determinista dos radicais, concluindo-se essa verdade da observação detida das conclusões dos estudos mencionados neste trabalho, especialmente no capítulo II, em que invariavelmente se conclui que a tomada de decisão, o controle da impulsividade e outros mecanismos que refletem no comportamento e na conduta humana, que passam por um processo mais complexo quando se trata de adolescentes, sempre terminam por reconhecer que, tanto em adultos como em crianças e adolescentes, em algum momento e medida, a decisão é livre.

Com efeito, aparentemente, a tempestade que se forma em torno da aplicação das neurociências ao direito, sob o argumento de um determinismo ainda mal explicado – a não ser quando se trata das correntes radicais que sempre irão existir, mas dificilmente se tornarão majoritárias -, nada mais é que do que a inquietação dos juristas enquanto seres humanos, como natural reação ao novo e ao desconhecido.

Por essa razão é que respeitados doutrinadores rechaçaram a ideia determinista de provar a inexistência da liberdade de decisão e, conseqüentemente, da culpa, acusando-a, inclusive de incorrer em falácia naturalista ou categorial, tendo em vista que os defensores da revolução neurocientífica procuram determinar como se deve configurar a responsabilidade criminal, a partir do modo como o cérebro é constituído e funciona, recaindo num vício lógico¹⁹³.

3. Enfrentando as falácias

Ao tratar dos comportamentos humanos, Neil Levy afirma que todos nós temos a tendência de acreditar que, se algo é natural, então é bom, e isso

¹⁹³ SILVA DIAS, Augusto. “Cérebro Social”... *op cit* nota 7, p. 37.

é uma falácia¹⁹⁴. Não haveria maneira mais precisa e objetiva de definir a chamada falácia naturalista.

Prossegue o autor, afirmando que alguns dos nossos *standards* comportamentais são maravilhosos e outros são deploráveis, cabendo aos cientistas pesquisar e compreender esses fenômenos, e não os justificar. Nesse ponto também lhe assiste inteira razão.

Por outro lado, Moore, ao proclamar a conhecida Falácia Naturalista, o fez em crítica à tese de Spencer que pode ser resumida na seguinte proposição: “A conduta a que aplicamos o *nome* boa, é a relativamente mais evoluída; e má é o *nome* que damos à conduta relativamente menos evoluída”¹⁹⁵. A partir dessa assertiva é que Moore elaborou questionamentos acerca da divergência conceitual e de conteúdo do que é bom e do que dá prazer, sob o argumento de que o “bom” não é absoluto, ao contrário, é intuitivo e inefável. Afirma-se que com a falácia naturalista Moore aprimorou a respeitada teoria de Hume acerca da dicotomia do “ser” e do “dever ser”¹⁹⁶.

Tendo em vista melhor reflexão, vejamos as palavras do próprio Moore: “Mas a verdade é que um número excessivo de filósofos tem pensado que ao enumerar todas essas outras propriedades (que têm as coisas que são boas) estava de facto a definir bom, que essas propriedades não eram “outras”, diferentes, mas se identificavam total e absolutamente com bondade. A esta posição propomos que se dê o nome de “falácia naturalista””¹⁹⁷.

Para explicar sua teoria, Moore, desenvolveu o “argumento da questão em aberto”, que Levy¹⁹⁸ explica com as seguintes perguntas: 1. John não é casado, mas John é celibatário? 2. *Homo sapiens* é altamente evoluído, mas *homo sapiens* é bom? Afirma o Levy que a questão 1 é fechada, pois, se

¹⁹⁴ LEVY, Neil. What makes us moral? Crossing the boundaries of biology. – Oxford: One world Publications, 2004, p. 132.

¹⁹⁵ George Edward Moore colocou a Falácia Naturalista em *Principia Ethica* (1903), e teve ampla aceitação em virtude da simplicidade e aparente pertinência de suas críticas então dirigidas às ciências evolucionistas, destacadamente à obra de Herbert Spencer, conforme bem explicitado em: RACHELS, James. *Created from animals: the moral implications of Darwinism*. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 65-69; note-se que a frase acima transcrita atribuída a Spencer foi retirada da p. 65 da obra mencionada nesta nota.

¹⁹⁶ RACHELS, James. *Idem*, pp. 65-69.

¹⁹⁷ MOORE, George Edward. *Principia Ethica*, cit nota 195, p.92.

¹⁹⁸ LEVY, Neil. *What makes us moral? Crossing the boundaries of biology*. cit. nota 194, p. 29.

soubermos o significado da palavra celibatário, sabemos a resposta. No entanto a questão dois é aberta, pois não se pode definir o que é evoluído como o que é bom. Assim, segundo os argumentos de Moore, se a teoria dos filósofos evolucionistas, estivesse correta, as duas perguntas teriam a mesma resposta. Por isso, Moore concluiu, de forma mais geral, que o “bom” não pode ser identificado com quaisquer das propriedades investigadas pelas ciências naturais, nem com as da biologia evolucionista¹⁹⁹.

Nessa linha de raciocínio, pondera Neil Levy que, na realidade, não existe falácia alguma, posto que Spencer, na teoria desconstruída por Moore, não define o que é bom como sendo apenas e necessariamente o que é mais evoluído²⁰⁰. Sustenta, ainda, que nas afirmativas de Spencer não há qualquer erro lógico, mesmo que se possa discordar da sua posição e argumentar que tenha conteúdo falso ou equivocado, constituindo-se, antes, a tese de Moore, esta sim, em uma falácia.

Em outra análise, pode-se concluir que Spencer estabeleceu um critério, e não uma definição, de boa conduta, pecando por não ter feito a distinção do que seria conceito ou critério de definição acerca do que é “boa conduta”. Entendendo-se dessa forma, o argumento da questão em aberto já não funcionaria, pondo por terra a dita falácia naturalista²⁰¹.

Com efeito, o bem e o mal não podem ser definidos com uma validade *erga omnes* e não seria no espaço limitado de uma tese que se tentaria esgotar suas dimensões.

Partindo, então, das noções básicas a que tivemos acesso até o momento, e voltando ao nosso tema central, podemos afirmar que as neurociências têm evoluído no sentido de demonstrar que as decisões são tomadas pela mente antes que se tenha acesso total à consciência, o que poderia levar à precipitada conclusão de que ninguém pratica crime movido pela vontade, o que em tese eliminaria a razão de ser do direito penal e do *jus*

¹⁹⁹ Nesse ponto, argumentos esposados igualmente por RACHELS, James. cit. nota 188, pp. 65-69.

²⁰⁰ LEVY, Neil. cit. nota 194, p. 29-31.

²⁰¹ Nesse sentido, crítica de RACHELS, James. *op. cit.* nota 195, pp. 68-69, embora mais adiante se posicione a favor da falácia naturalista.

puniendi. Esse, no entanto, não é o melhor caminho a ser trilhado, pois, conforme foi visto, a questão da consciência não é tão simples assim.

Diversas são as correntes que tentam definir a consciência e a liberdade de agir ou decidir do homem médio, havendo divergências inclusive entre os neurocientistas modernos, acerca do momento e do alcance dessa consciência no agir cotidiano, bem como, da influência dos nossos valores e registros anteriores nesse processo que leva à consciência²⁰².

Por outro lado, é certo que as ciências biológicas não podem prescindir da psicologia, da filosofia e de outros ramos do conhecimento, quando o assunto é comportamento humano. Surgem, dessarte, as teorias compatibilistas e outras que vão além, e nos permitem encontrar soluções mais adequadas à efetivação do verdadeiro espírito das leis penais dos adultos e dos adolescentes.

Neil Levy preleciona que é um erro identificar o que é natural com o que é bom, como é equivocado admitir que a suposta falácia naturalista isole a moral, das descobertas factuais e dos pressupostos da psicologia evolucionista, embora alguns destes tenham consequências perniciosas, quando concernentes às capacidades dos seres humanos²⁰³.

Aliás, as discussões neurocientíficas acerca das capacidades humanas tomam muitos caminhos, chegando mesmo os neurodeterministas a tentar isolar o cérebro – órgão onde acontecem as sinapses que levam à consciência – da mente humana, o que levaria a um total desacerto para conclusões acerca do comportamento das pessoas.

Esse determinismo extremo, que remete ao antigo dualismo cartesiano no qual corpo e mente pertenciam a universos distintos, levou os neurocientistas a inicialmente distinguirem mente e cérebro, para depois

²⁰² Sobre a influência das informações de experiências anteriores sobre a consciência e a necessidade de interação da filosofia com as neurociências para uma compreensão da consciência, vide: LEVY, Neil. *Consciousness & moral responsibility*. cit. nota 43, pp. 130 -135 e reforçando a importância da memória e das experiências vividas no processo que leva à consciência: DAMÁSIO, António. O livro da consciência: A construção do cérebro consciente. cit. nota 5, toda a obra e bem especificamente pp. 27 e 363.

²⁰³ Nesse sentido: LEVY, Neil. *What makes us moral? Crossing the boundaries of biology*. cit. nota 194, p. 135-138.

sustentarem que os atributos psicológicos não mais seriam parte da mente humana, mas diretamente do cérebro²⁰⁴.

Nesse contexto surge a Falácia Mereológica das Neurociências, que é o erro dos neurocientistas em atribuir às partes constituintes de um animal atributos logicamente aplicáveis somente ao animal como um todo.

Esse entendimento, acerca da falácia mereológica das neurociências, construído pelo neurocientista Maxwell Bennet conjuntamente com o filósofo Peter Hacker, tem em consideração o princípio mereológico de que em neurociências os predicados psicológicos aplicáveis unicamente a um ser humano – ou outro animal – em sua totalidade, não se pode aplicar, de modo inteligível, a suas partes separadamente, ainda que essa parte seja o cérebro²⁰⁵.

Opondo-se a essa falácia, Searle²⁰⁶, que defende igualmente o fenômeno da consciência como biológico, afirma que “patologias à parte, os estados conscientes só se dão como parte de um único campo unificado de consciência” e seriam causados por processos cerebrais que ocorrem ainda que a pessoa não tenha consciência disso.

Daí, afirma que a falácia mereológica construída por Bennett e Hacker, na verdade, constitui um erro categorial, pois, embora reconheça a existência de um sistema, que forma a pessoa em sua totalidade, capaz de manifestar-se em uma conduta, “não implica que não possa haver um elemento do sistema, o cérebro, que seja o lugar dos processos conscientes”²⁰⁷.

No mesmo sentido, Diogo Felipe da Fonseca Santos, deslinda a questão e desmistifica a Falácia Mereológica das Neurociências, ao afirmar

²⁰⁴ CRESPO, Eduardo Demetrio. “compatibilismo humanista”: uma proposta de conciliação entre Neurociências e Direito Penal. *op. cit.* nota 190, pp. 20-21.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ SEARLE, John. *Situar de nuevo la conciencia en el cerebro*. *op. cit.* nota 49, pp.121-130.

²⁰⁷ SEARLE, John. *Idem*, p. 130.

que “não tem sentido atribuir as funções cognitivas ao cérebro, mas tão-somente à pessoa enquanto unidade “psicofísica””²⁰⁸.

Tal conclusão se justifica porque, conforme explicita o autor, a atividade cerebral é parte constitutiva das faculdades mentais, não se podendo atribuir ao cérebro a expressão do comportamento humano, o que faz parte de todo um sistema que trabalha em sintonia, não havendo, pois, que se tratar de imputação penal a nível de cérebro, mas do sujeito como um todo.

Vê-se, dessarte, não há que se falar em critérios meramente fisiológicos, biológicos ou naturais para aferir a responsabilidade penal de adolescentes ou adultos, eis que, as neurociências, desvinculadas das demais áreas do conhecimento humano, não são capazes de resolver os problemas que envolvem a conduta que leva à responsabilização criminal, uma vez que o homem é sociável por natureza e é com vista nessas relações interpessoais e interacionais com todos os demais ocupantes dos espaço terrestre, que devemos analisar a questão.

Nesta seara de comportamento há, pois, que se considerar a interação das neurociências com a filosofia, a psicologia e outras áreas de conhecimento, posto que a conduta advém não de um cérebro, mas de uma pessoa, que se constitui não apenas de um órgão, mas do resultado de sua atividade mental, que compreende as sinapses cerebrias e suas experiências de vida, e é dotada de dignidade, personalidade jurídica e certa liberdade de decidir e agir.

A propósito, interessantes as colocações de Searle²⁰⁹ que depois de enfrentar o funcionamento da mente confrontando teorias neurocientíficas e filosóficas, dedica um capítulo inteiro apenas a justificar que não pode aceitar as teses contrárias à liberdade de vontade, eis que é inegável que tenhamos estados mentais “conscientes, subjectivos e intencionalísticos”²¹⁰, o que resta comprovado pela experiência de vida diária das pessoas, que se diferenciam dos demais seres da natureza, estes constituídos de partículas físicas sem

²⁰⁸ SANTOS, Diogo Filipe Da Fonseca. As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014, p. 19.

²⁰⁹ SEARLE, John. Mente, cérebro e ciência. cit. nota 48, pp. 115-133.

²¹⁰ SEARLE, John. *Idem.*, p. 133.

mente, exatamente por serem os humanos os únicos “agentes racionais, livres conscientes e atentos”²¹¹, que estão sempre tomando decisões a partir das alternativas que lhe são postas dia-a-dia.

Por tudo isso é que apesar dos grandes avanços da ciência, não parece razoável pensar que as neurociências conduzam a responsabilidade penal a uma falácia por tirar de todos a consciência que é essencial à ocorrência da conduta criminalmente relevante. Muito ao contrário, através dos estudos neurocientíficos tem-se acesso à real medida de responsabilidade do agente, contribuindo para a boa aplicação do Direito Penal, de adultos ou adolescentes.

Valiosa lição de Steve Fleming²¹², esclarece que os avanços neurocientíficos, ao invés de enfraquecerem a responsabilidade penal, a fortalecem, eis que nos ajudam a determinar o grau de intencionalidade do agente do crime, clareando as fronteiras entre decisão consciente e ação inconsciente e, partindo do exemplo dos estados de automatismo, demonstra que o que está em causa não é a atividade cerebral, mas a consciência associada às ações relevantes para os padrões morais da comunidade.

Conforme pondera Habermas²¹³, por mais que tenham evoluído os conhecimentos neurocientíficos, lógicos e filosóficos sobre o real sentido de se atribuir as condutas voluntárias ao cérebro, entendido este como sujeito, ou se é nele, como parte de um todo que forma o organismo humano, o lugar no qual, de algum modo são gestados os atos conscientes, através de diversos processos subpessoais de representação, concluiu-se que os experimentos até agora realizados não são suficientemente representativos para extrair consequências definitivas e de caráter geral.

²¹¹ *Ibidem.*, p.132.

²¹² FLEMING, Steve. *Was it really me? Neuroscience is changing the meaning of criminal guilt. That might make us more, not less, responsible for our actions.* Disponível em: <https://aeon.co/essays/will-neuroscience-overturn-the-criminal-law-system>, acesso: 20/5/2016, p. 9.

²¹³ HABERMAS, Jünger. Freiheit und Determinismus. DZPhil, N.º 52/56, 2004, p. 873, citado por CRESPO, Eduardo Demetrio. “compatibilismo humanista”: uma proposta de conciliação entre Neurociências e Direito Penal. *op. cit.* nota 183, p. 26.

No mesmo norte, Jakobs²¹⁴ assevera que seria um erro categorial supor que ciências empíricas, como as neurociências, se sobrepõem às outras ciências para determinar se existe ou não livre-arbítrio, pois isso seria criar equivocada noção de que existe hegemonia de uma ciência sobre as outras, o que é falso.

Enfim, como destaca Sousa Mendes²¹⁵ um importante desafio científico da atualidade é a criação de pontes interdisciplinares entre diversas ciências, sendo evidente o interesse da interação do direito com as neurociências e a psicologia, pelo incremento que pode importar na análise da responsabilização criminal, sedimentando-se, cada vez mais o que a literatura vem chamando *NeuroLaw*, ou NeuroDireito.

Ressalta o mesmo autor que a utilização da fMRI para alicerçar a responsabilidade criminal, através da observação das zonas do cérebro ativas num determinado momento, podem incrementar a prova pericial e a análise da imputabilidade e aponta para outras interações prováveis entre neurociências, psicologia e direito, destacando dentre elas a interseção entre o sistema penal, o sistema de proteção de crianças e jovens e o sistema terapêutico.

Não passaram despercebidos ao autor²¹⁶ os já mencionados casos *Graham v. Florida*, 2010 e *Miller v. Alabama*, 2012, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos baseou-se em evidências das neurociências para abolir a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional para adolescentes, a partir das evidências neurocientíficas de que as áreas do cérebro responsáveis pelo controle de impulsos amadurecem tardiamente, o que tinha relação direta com a maior propensão do adolescente aos comportamentos de risco e à impulsividade.

²¹⁴ JAKOBS, Gunther. Culpabilidad jurídico-penal y “libre albedrío”. (“Strafrechtsschuld und “Willensfreiheit”). Tradução de Manuel Cancio Meliá. Em: *Derecho penal de la culpabilidad y neurociências. España*: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 8.

²¹⁵ SOUSA MENDES, Tiago de. Mente, responsabilidade e psicologia. Em: Maria Fernanda Palma (dir.) *Anatomia do Crime*. n. 3. Coimbra: Almedina, janeiro-junho/2016, pp. 106-109.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 109, citando Buckoltz & Faigman, 2014, *Promises, promises for neurosciences and law. Current Biology*, 24(18), pp. 861-867 e Meixner Jr, 2015. *Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues. Current Neurology and Neuroscience Reports*, 15(20), p. 513.

Diante de todo o exposto, tem-se que a aplicabilidade dos saberes neurocientíficos ao direito penal de adultos ou adolescentes, somados à filosofia, à psicologia e às ciências sociais, implica avanço nas ferramentas de sistematização da imputabilidade e da culpa, não constituindo falácia alguma.

Conclusão

A doutrina do superior interesse infanto-juvenil que hoje prepondera nos instrumentos normativos internacionais, bem como nos ordenamentos jurídicos de quase todo o mundo, sobretudo nos países da Nações Unidas, implica na conjugação de esforços do Estado - através de políticas públicas -, da família e da comunidade em geral - por meio de ajustes comportamentais de todas as ordens -, no sentido de respeitarem sempre a prioridade que deve ser dada ao interesse da criança e do adolescente, a preponderar sobre todos os demais, ante a peculiar situação de desenvolvimento biopsicossocial em que se encontram.

Na esfera de proteção do superior interesse, se encontram direitos e garantias de todas as magnitudes, como o direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, dentre tantos outros que devem ter sempre primazia com relação aos correlatos direitos dos adultos.

Por outro lado, a responsabilidade penal do adolescente, considerado menor inimputável pelo Direito Penal, é matéria que ainda divide a doutrina devendo ser criteriosamente analisada para que se chegue a conclusões realistas e que atendam às especiais necessidades da pessoa em desenvolvimento – o adolescente – e ao mesmo tempo contribua para a pacificação social esperada do Estado Democrático de Direito.

Neste trabalho evidencia-se que a responsabilização do adolescente como se encontra assentada em Portugal, no Brasil e em outros países, sobretudo aqueles que fazem parte das Nações Unidas e têm em suas regras parâmetros para o ordenamento jurídico local, constituem-se em inequívoco Direito Penal Juvenil.

Observa-se que por questão dogmática, em Portugal, ao contrário do que ocorre nos demais países da Europa continental, a maioria dos operadores do direito ainda não aceitou o caráter penal especial da Lei Tutelar Educativa, apesar das inegáveis similitudes entre seus institutos e medidas

sancionadoras, com aqueles previstos no Código Penal. Mesmo equívoco ocorre em parte da doutrina brasileira.

Conforme se vê, alguns estudiosos da matéria percebem esse sistema especial como algo totalmente distanciado do Direito Penal e até mesmo inconciliável com este. Essa, contudo, não é a tendência mais moderna, posto que a similitude dos sistemas em que se apuram fatos tipificados como crime e as políticas criminais a eles aplicadas são bastante semelhantes, para adultos e adolescentes, guardadas sutis, mas importantes diferenças, quer nos aspectos dos direitos individuais ou nas garantias processuais reforçadas em alguns aspectos para o menor, e na finalidade a ser alcançada com a sanção.

Por tais razões, considerável parte da doutrina entende que negar a natureza penal dos sistemas de apuração de crimes praticados por adolescentes se constitui em fraude de etiqueta que enseja um controle social punitivo paralelo, deixando os adolescentes à margem das garantias processuais e materiais penais, para privá-los de liberdade com o pretexto de protegê-los, como ocorre com a institucionalização manicomial a critério dos médicos, ou a institucionalização dos pobres de rua e idosos por autoridades assistenciais.

Inegável a presença do Direito Penal na origem da intervenção jurídica em relação ao jovem que, agindo com culpa, viola o ordenamento jurídico e pratica fato descrito como crime para os adultos. Com efeito, as exigências da responsabilidade penal do menor são as mesmas do adulto, tanto ao se tratar dos pressupostos da intervenção, quanto nas consequências de sua aplicação, ante a similitude das medidas aplicáveis ao adolescente com as penas dos adultos, quer no seu conteúdo afliitivo ou em sua natureza coercitiva.

Assim, não resta dúvida, o direito de que trata a Lei Tutelar Educativa portuguesa e o Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, constitui-se em Direito Penal Juvenil e, como delineado por respeitáveis autores, constitui um dos ramos do próprio Direito Penal.

Sublinha-se que as medidas tutelares educativas diferenciam-se das penas por serem aplicadas com finalidade essencialmente educativa,

destacando-se seu viés de prevenção especial positiva, não obstante seja inegável que também cumpram papel de reafirmação da lei, pelo que também se apresentam como meio de prevenção geral, além de terem caráter sancionador.

Mister reconhecer, não se pode prescindir dos direitos e garantias assegurados aos adultos, que também devem se estender aos adolescentes no momento em que se reconhece o caráter Penal de seu sistema especial, sob pena de dispensar ao jovem, muitas vezes, tratamento mais gravoso do que aquele dispensado ao adulto em situação idêntica, sob o argumento de estar lhe assegurando proteção.

Nesse tom, evidencia-se que o arcabouço legal vigente em Portugal – como de resto na maioria dos países que compõem as Nações Unidas - é eficiente no sentido de punir o adolescente em conflito com a lei, respeitada sua peculiar condição de desenvolvimento biopsicossocial através do incremento de alguns direitos individuais e garantias processuais, dispondo, pois, de ferramentas, com relação a essa faixa etária, para cumprir o poder-dever do Estado de educar e, ao mesmo tempo, punir aqueles que violam o ordenamento através da ofensa a bens jurídicos tutelados na esfera penal.

Depreende-se, no entanto, que o Sistema Tutelar vigente em Portugal, assim como o Socioeducativo em vigor no Brasil, em nada se comunicam com os ultrapassados sistemas tutelares baseados em convenções e no assistencialismo decorrente da doutrina da situação irregular, que punham o adolescente em situação de evidente prejuízo, posto que atribuíam ao Estado poder punitivo disfarçado de proteção, com garantias e limites obnubilados, e ainda provocavam na opinião pública a falsa sensação de impunidade para o jovem que, muitas vezes, era punido mais severamente que um adulto em situação análoga.

Feitas essas constatações, surgem os questionamentos acerca de qual seria a idade ideal para que alguém responda pelo cometimento de um crime, partindo-se para a análise doutrinária e comparativa acerca das capacidades cerebrais e do desenvolvimento social e moral da pessoa, sob os pontos de vista da psicologia e das neurociências, para, então, numa interface desses

saberes com os institutos jurídicos que fundamentam a justiça penal dos adultos e dos adolescentes, conceber a faixa etária dessa responsabilização.

A fixação de uma idade mínima razoável para o início da responsabilização juvenil deriva de várias recomendações de instrumentos internacionais, a exemplo da Regras de Beijing e das diretivas do Conselho da Europa, e deve ser acompanhada de arcabouço jurídico que imponha princípios e limites ao poder punitivo do Estado e orientem uma reação ao delito cometido pelo adolescente, promovendo ao mesmo tempo sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade, e a pacificação social através da realização da justiça.

A aplicação da Lei Tutelar Educativa, e legislação congênere nos demais países, pressupõe a existência de um crime como causa objetiva, eficiente e necessária ao acionamento desse sistema especial, que será levado a efeito através das respectivas medidas, sempre que também estiverem presentes os elementos subjetivos da culpa.

Mostra-se cristalina uma espécie de imputabilidade *sui generis* do menor, bem como, sua culpabilidade diferenciada, em razão da peculiar situação de desenvolvimento biopsicossocial em que se encontra.

No mais, resta claro que o senso moral e a capacidade de tomar decisões desses adolescentes não se pode comparar com a dos adultos posto que o cérebro ainda não completou a maturação necessária a que antecipem as consequências das suas ações, resistam aos impulsos ou à influência dos pares ou tenham condição qualitativa de autodeterminação.

Estudos neurocientíficos demonstram que o cérebro social, região do cérebro responsável pelo comportamento e pela capacidade de tomada qualitativa de decisão, somente se estabiliza depois de passada a adolescência, na jovem adultez, por volta dos 20 aos 25 anos, ou até o final da década dos vinte anos.

A moderna técnica de fMRI e demais técnicas conjuntamente utilizadas, em cujos resultados se baseiam as conclusões dos neurocientistas, é totalmente fiável em virtude de tratar-se do estudo das imagens cerebrais em

tempo real, na pessoa viva, através de técnica não invasiva, que permite analisar insistentemente o funcionamento do cérebro, através de sua massa, volume, conexões neuronais, e todo o processo que se desenvolve desde o nascimento até a morte da pessoa, comparando o desenrolar de cada uma de suas fases, e as mudanças que promovem na fisiologia do seu cérebro, associada ao comportamento da pessoa.

Esses estudos esclarecem que a liberdade de decisão se diferencia nos adultos e nos jovens, importando, neste caso, não no momento da tomada de decisão consciente, mas, na qualidade da decisão – ante as vulnerabilidades referentes ao processo de desenvolvimento incompleto da criança e do adolescente - e na capacidade de agir conforme essa consciência, ante as peculiaridades biopsicológicas relativas à idade.

Conforme foi visto, a atividade cerebral é parte constitutiva das faculdades mentais, não se podendo atribuir ao cérebro a expressão do comportamento humano, o que faz parte de todo um sistema que trabalha em sintonia, não havendo, pois, que se tratar de imputação penal a nível de cérebro, mas do sujeito como um todo, o que afasta qualquer tese determinista, bem como as falácias naturalista e mereológica das neurociências.

Assim é que, os conceitos trazidos pelas Neurociências para o Direito Penal, seja do adulto ou do adolescente, devem ser entendidos na perspectiva de que a liberdade de decisão não decorre exclusivamente dos fatores biológicos que envolvem as sinapses neuronais e o funcionamento bioquímico do cérebro, mas trazem consigo reflexos e registros de comportamentos, percepções, emoções e outros fatores sociais que têm relevância na experiência como princípio de orientação nas ações futuras e por isso mesmo não podem ser dispensados pelo direito no momento do juízo de culpa, mormente por considerar que as ciências criminais, do adulto ou do jovem, calcam-se no dever-ser decorrente do normativismo.

Percebe-se, dessarte, que as Neurociências, corroboradas pela psicologia, pela filosofia e outros ramos do saber, chegaram para ficar na rede de disciplinas que instruem o Direito Penal, juvenil e dos adultos, e têm muito a auxiliar no avanço da moderna ciência penal através da interdisciplinariedade

na análise do fato tido como crime, inexistindo qualquer falácia nessa aplicação.

Nesse norte, a partir dos conhecimentos neurocientíficos acerca do desenvolvimento cerebral, depreende-se que o cérebro adolescente não está completamente amadurecido em regiões e sistemas relacionados a funções executivas de alto nível, como o controle de impulsos, o planejamento e a esquiva de riscos.

Isso ocorre porque o córtex pré-frontal, correspondente ao cérebro social, é a última região cerebral a completar seu desenvolvimento, perdurando numa estabilização funcional decorrente da poda neuronal ou sináptica que favorece uma simplificação no processo de tomada qualitativa de decisões, por reduzir os circuitos em que haverá a mielinização de axônios que é preceptora da substância cinzenta cerebral, cujo volume indica o estado de desenvolvimento do cérebro social da pessoa.

Ainda, compreende-se que a imaturidade anatômica e funcional do cérebro juvenil está em consonância com a demonstrada imaturidade psicossocial dos adolescentes, pelo que se conclui que as Neurociências corroboram e fortalecem as constatações da Psicologia Cognitivo-evolutiva quanto ao desenvolvimento dessa faixa etária.

Assim, imperativa a fixação de idade penal mínima para que a pessoa possa ser responsabilizada como adulto, de acordo com a liberdade de decisão que pressupõe o Direito Penal da culpa, como hoje é assentado.

Nessa perspectiva, observa-se que a maioria dos neurocientistas aponta o final da adolescência, como fase em que apresentará capacidade qualitativa de tomada de decisão com amadurecimento cognitivo, estendendo-se o refinamento de sua habilidade social pela jovem adultez, em razão do desenvolvimento do córtex pré-frontal, que se estabiliza ao redor dos 25, até as proximidades dos 30 anos de idade.

Outra conclusão a que se chega através da evolução das Neurociências, em cotejo com a Psicologia, refere-se à diferenciação entre o desenvolvimento cognitivo e a maturidade psíquica, percebendo-se que

peessoas a partir dos 16 a 18 anos de idade têm capacidade cognitiva análoga à dos adultos, contudo, a maturidade psicossocial medida pela impulsividade, percepção de riscos, busca pela emoção e resistência à influência do grupo somente se estabelecem entre os 20 e os 25 anos de idade, em média.

Dessa forma, pode-se afirmar que ao redor dos 18 anos o sujeito passa da adolescência para a jovem adultez, na qual o processo de desenvolvimento cerebral se conclui e estabiliza a partir dos 21 até a faixa dos 25 a 30 anos, não havendo relevante variação depois dessa fase.

Diante de tudo isso, conclui-se que a fixação da idade penal mínima para responder como adulto por um crime, política criminal que é, a fim de realizar justiça social através dos meios valorativos que estabelece por via da ordem jurídica, deve girar em torno dos 18 aos 21 anos de idade, como é tendência mundial.

Por outro lado, pondera-se que gravidade do fato não justifica a modificação da idade penal mínima no ordenamento jurídico de um mesmo país, tendo em vista que, nesse caso tiraria a condição peculiar de desenvolvimento do adolescente do epicentro da fixação da idade penal e do tratamento a ser dispensado a essa pessoa, partindo para um direito penal do fato, que não se coaduna com o superior interesse do adolescente preconizado internacionalmente.

Impõe-se reconhecer, ainda, que nos dias atuais não se pode prescindir dos sistemas de responsabilização de adolescentes, norteados pelo Direito Penal Juvenil, em que um arcabouço de garantias processuais, além de programas educativos e psicossociais adequados à peculiar situação de desenvolvimento do adolescente visam sua socialização, sendo razoável que se apliquem ao adolescente que comete crime ao longo da adolescência, tendo-se como tal a faixa de idade entre os 12 e os 18 anos de idade.

Ainda, numa análise multidisciplinar, ponderando sobretudo os vieses das neurociências, da psicologia e da sociologia acima abordados, conclui-se que as diferentes comunidades e suas culturas influenciam no comportamento humano, mormente na adolescência, em que o sujeito age quase sempre

procurando a aprovação e a admiração dos pares. A autonomia dos Estados e essa influência cultural na formação e desenvolvimento da pessoa podem, como forma de política criminal, fazer variar a idade penal mínima de cada país.

Percebe-se, no entanto, que as questões culturais e a gravidade da infração cometida são importantes para determinar a escolha das medidas educativas e ressocializadoras a serem aplicadas, assim como o tempo de cumprimento destas, uma vez que, aí sim, têm relevante influência de acordo com o programa educacional vigente, a participação da família e da comunidade, somados ao comprometimento pessoal de cada um, para que surta o efeito desejado de preparar o jovem para um convívio social produtivo, pacífico e em conformidade com as regras morais e legais.

Frise-se, diversos estudos demonstram que levar adolescentes ao sistema penal dos adultos é contraproducente, por não inseri-los em programas capazes de os encaminhar a uma vida adulta produtiva e com a devida internalização de valores que devem preservar; além de deixá-los mais vulneráveis à vitimização por violência, inclusive sexual; aumentar a incidência de automutilação e suicídio; bem como, favorecer a reincidência delitiva.

Constata-se, diante de tudo isso, que a idade penal praticada nos países utilizados como paradigmas – Portugal, Espanha, Alemanha e Brasil –, como também a maioria dos Estados americanos do norte, encontra-se na média indicada pelos neurocientistas como faixa etária em que o jovem inicia a estabilização do desenvolvimento cerebral, adquirindo melhores condições de resistência aos impulsos e à influência dos pares, diminuindo a busca por emoções e o comportamento de risco, além de estar entrando na fase em que se torna apto a planejar o futuro e tomar decisões de melhor qualidade.

A liberdade é, sem sombra de dúvida, o maior bem moral que uma pessoa pode ter, por isso somente se deve cogitar de limitá-la ou subtraí-la como consequência da ofensa ou grave ameaça a bem jurídico de relevante grandeza e de forma que venha a contribuir para que aquela pessoa não mais volte a delinquir, recebendo tratamento adequado à sua situação pessoal, respeitando-se a faixa etária e condições especiais em que se encontra.

Na verdade, impõe-se cultivar, nos dias atuais, uma cultura de paz, posto que a criminalização exacerbada de condutas, a banalização do conceito do ser criminoso, a sensação reflexa que se dá ao jovem de se sentir poderoso por ser temido apesar da tenra idade, tudo isso somente levará a um futuro ainda mais permeado pela sensação de insegurança e pelo crescimento da criminalidade, o que não é desejável.

Por tudo isso se pode afirmar que a influência da Suprema Corte Americana em aplicar conhecimentos advindos das Neurociências para viabilizar a efetivação de uma decisão justa no caso *Roper vs Simmons* é tendência que se pode estender aos ordenamentos jurídicos formalmente sistematizados.

A fixação da idade penal em consonância com as orientações neurocientíficas, é pois, salutar, na medida em que se dirige ao homem médio e institui critério de responsabilização compatível com o Estado Democrático de Direito, viabilizando a realização de um processo justo, em benefício de toda a comunidade, devendo, por isso ser estabelecida a intersetorialidade do Direito Penal com as Neurociências.

Anexo

Tabela comparativa em diferentes Países:
Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Alemanha	14	18/21	De 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da Constitución de la Nación Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaldías ou penitenciárias. ***
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de

			Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	O Sistema Belga é tutelar e portanto não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2º da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Brasil	12	18	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei. ***
Bulgária	14	18	-
Canadá	12	14/18	A legislação canadense (<i>Youth Criminal Justice Act/2002</i>) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema

			gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.
Chile	14/16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc.

			Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesseis anos é considerado <i>Junior minor</i> , não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados <i>Senior Minor</i> .
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10 *	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos

			mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade (<i>Jeune</i>) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-
Inglaterra e	10/15 *	18/21	Embora a idade de início da

Países de Gales			responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria <i>Child</i> , e de 14 a 18 <i>Young Person</i> , para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinquência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11 **	18	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.

Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-
Paraguai	14	18	A Lei 2.169 define como "adolescente" o indivíduo entre 14 e 17 anos. O Código de La Niñez afirma que os adolescentes são penalmente responsáveis, de acordo com as normas de seu Livro V. ***
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14 * /16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na pratica de delitos graves, para os demais delitos, a idade de inicio é aos 16 anos.

Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.

* Somente para delitos graves.
 ** Legislações diferenciadas em cada estado.
 *** Complemento adicional.²¹⁷

Referências

ADOLPHS, Ralph. *The Social Brain: Neural Basis of Social Knowledge*. Em: *Annu Rev Psychol*. 2009; 60: 693–716.

BATAGLIA, Patricia Unger Rahael; MORAIS, Alessandra de; LEPRE, Rita Melissa. A teoria de Kohlberg sobre o desenvolvimento do raciocínio moral e os instrumentos de avaliação de juízo e competência moral em uso no Brasil. Em: *Estudos de Psicologia*, 15(1), janeiro-abril/2010, 25-32.

BECHTOLD, Jordan; CAUFFMAN, Elizabeth. *Tried as an Adult, Housed as a Juvenile: a Tale of Youth from Two Courts Incarcerated Together*. Em: *Law and*

²¹⁷ Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-323.html>, acessado em: 5/11/2017, grifos e destaques do original.

Human Behavior, 2014, vol. 38, n. 2, 126-138.

BENNETT, Maxwell; HACKER, Peter. *Los supuestos conceptuales de la neurociencia cognitiva*. Em: Bennett, M.R.; Dennett; Hacker; Searle. *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*. New York: Paidós, 2008.

BIANCHINI, Alice. Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>, acessado: 24/5/2018.

BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *The social brain in adolescence*. Em: Nat Rev Neurosci. 2008 Apr;9(4):267-77. doi: 10.1038/nrn2353.

_____. *The Social brain of a teenager*. Disponível em: <https://thepsychologist.bps.org.uk/volume-20/edition-10/social-brain-teenager>, acessado em 20/5/2017.

BLUMENFELD, Hal. *Neuroanatomical basis of consciousness*. Em: LAUREYS, Steven; et al. *The Neurology of consciousness. Cognitive neuroscience and neuropathology*. 2. ed. San Diego: Elsevier, 2016.

BOLY, Melanie; GROSSERIES, Olivia; MASSIMINI, Marcelo e ROSANOVA, Mario. *Functional Neuroimaging Techniques*. Em: LAUREYS, Steven; GROSSERIES, Olivia e TONONI, Giulio. *The Neurology of consciousness. Cognitive neuroscience and neuropathology*. 2 ed. San Diego: Elsevier, 2016.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Arts. 26 a 28. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm, acesso: 3/8/2016.

BURNETT, Stephanie; GEOFFREY, Bird; MOLL, Jorge; FRITH, Chris; BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *Development during adolescence of the neural processing of social emotion*. Em: *Journal of Cognitive Neuroscience*, 2009, 21, 1736-50.

BUSATO, Paulo. Direito penal. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557.

_____. Uma visão crítica das implicações dos estudos neurocientíficos em Direito Penal. Em: Paulo César Bustao org. *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSER, Pierre. *L'inconscient aux mille visages*. Paris: Odile Jacob, 2005.

CARTUYVELS, Yves. A Justiça Penal de Menores na Europa: origens e perspectivas. Em: António Casimiro Ferreira e João Pedroso (coord.) *Justiça Juvenil: A lei, os Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, jan. 2017.

CAUFFMAN, Elizabeth; STEINBERG, Laurence. *(Im)maturity of Judgment in Adolescence: Why Adolescents May Be Less Culpable Than Adults*. Em: *Behavioral Sciences and the Law* 2000; 18: 741-760.

_____. *Aligning Justice System processing with developmental science*. Em: *Criminology & Public Policy*, 2012, vol. 11, issue 4, 751-758.

_____; DONLEY, Sachiko; THOMAS, April. *Raising the age. Raising the issues*. Em: *Criminology & Public Policy*, 2017, vol. 16, issue 1, 73-81.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal Esoañol. Parte General – III Teoría Jurídica del Delito/2*. Madrid: Tecnos, 2001.

CRESPO, Eduardo Demetrio. “Compatibilismo humanista”: uma proposta de conciliação entre Neurociências e Direito Penal. Em: Paulo César Bustao org. *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal – I*. Coimbra: Almedina, julho/2016.

DAMÁSIO, António. *O livro da consciência: A construção do cérebro consciente*. Luís Oliveira Santos (trad.). Lisboa: Círculo de Leitores, 2010.

EUROPA. Diretrizes sobre a justiça adaptada às crianças e demais instrumentos do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_rights_of_the_child-257--maximize-pt.do, acessado em: 2/5/2018.

EUROPA. *Manual de legislação europeia sobre Direitos da Criança*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016.

FETT, Anne-Kathrin; SHERGILL, Sukhi S.; GROMANN, Paula M.; DUMONTHEIL, Iroise; BLAKEMORE, Sarah-Jayne; YAKUB, Farah; KRABBENDAM, Lydia. *Trust and reciprocity in adolescence – A matter of perspective taking*. Em: *Journal of Adolescence* 37 (2014) 175-184.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FLEMING, Steve. *Was it really me? Neuroscience is changing the meaning of criminal guilt. That might make us more, not less, responsible for our actions*. Disponível em: <https://aeon.co/essays/will-neuroscience-overturn-the-criminal-law-system>, acesso: 20/5/2016.

FOULKES, Lucy; BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *Is there heightened sensitivity to social reward in adolescence?* Em: *Current Opinion in Neurobiology* 2016,40:81-85.

FRACKOWIAK, Richard e CHAGEUX, Jean-Pierre. Em: LAUREYS, Steven; GROSSIERIES, Olivia e TONONI, Giulio. *The Neurology of consciousness. Cognitive neuroscience and neuropathology*. 2 ed. San Diego: Elsevier, 2016.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio e BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

_____. Das relações Públicas ao neomenorismo: 20 anos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança na América Latina (1989-2009). Em: Medidas Socioeducativas: Contribuições práticas. Carolina Proietti e Elaine Rocha Maciel org. Belo Horizonte: Fapi, 2012.

GARCÍA-PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

_____; RIPOLLÉS, José Luis Díez; JIMÉNEZ, Fátima Pérez e RUIZ, Susana García. *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

GOGTAY, Nitin; GIEDD, Jay N.; LUSK, Leslie; HAYASHI, Kiralee M.; GREENSTEIN, Deanna; VAITUZIS, A. Catherine; NUGENT III, Tom F.; HERMAN, David H.; CLASEN, Liv S.; TOGA, Arthur W.; RAPPORT, Judith L.; THOMPSON, Paul M. *Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood*. Em: Proc Natl Acad Sci U S A. 2004 May 25; 101(21): 8174–8179. Published online 2004 May 17. doi: 10.1073/pnas.0402680101.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Regina Greve(trad.) Luiz Moreira (coord. e superv.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Neurociências e culpabilidade em direito penal. Em: BUSATO, Paulo César (org.) *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. *Derecho Penal Juvenil*. Barcelona: Bosch, 2003.

JAKOBS, Gunther. *Culpabilidad jurídico-penal y “libre albedrío”*. (“*Strafrechtsschuld und “Willensfreiheit”*”). Manuel Cancio Meliá (trad.). Em: *Derecho penal de la culpabilidad y neurociências*. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. João Baptista Machado (trad.) 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEHALLE, Henri. O desenvolvimento cognitivo durante a adolescência. Em: *Crianças e Adolescentes*. António castro Foseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho, 2010.

LEVY, Neil. *What makes us moral? Crossing the boundaries of biology*. Oxford: One World Publications, 2004.

_____. *Consciousness & moral responsibility*. – 2. impress. New York: Oxford University Press, 2014.

____; SAVULESCU, Julian. *Moral Significance of phenomenal consciousness*. Disponível em: http://www.bep.ox.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0005/14693/Levy_-and-_Savulescu.pdf, acessado: 18/9/2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional – Medida socioeducativa é pena? 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LIBET, Benjamin. *Do we have free will? The Oxford handbook of free will*. New York: Oxford University Press, 2002.

LUNA, A. Beatriz. A maturação do controlo Cognitivo e o cérebro adolescente. Em: Crianças e Adolescentes. António castro Foseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho, 2010.

MARTELETO FILHO, Wagner. O quarto de Locke e a culpa penal: breves reflexões sobre liberdade, determinismo e responsabilidade. Em: Revista de Ciências Jurídico-Criminais. Anatomia do crime. Maria Fernanda Palma (dir.). n. 1. Porto: Almedina, janeiro a junho/2015.

MILLS, Kathrin L.; LALONDE, François; CLASEN, Liv S.; GIEDD, Jay N.; BLAKEMORE, Sarah-Jayne. *Developmental changes in the structure of the social brain in late childhood and adolescence*. Em: SCAN (2014) 9, 123-131.

MONAHAN, Kathryn; KING, K.M.; SHULMAN, E.P.; CAUFFMAN, Elizabeth; CHASSIN, L. *The effects of violence exposure on the development of impulse control and future orientation across adolescence and early adulthood: Time-specific and generalized effects in a sample of juvenile offenders*. Em: *Development and Psychopathology* 2015; 27: 1267-1283.

MOORE, George Edward. *Principia Ethica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

MPPR. Idade Penal: Tabela comparativa. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>, acessado em 05/11/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 4. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNNER-WINKLER, Gertrude. Juízo moral e motivação moral: seu desenvolvimento na adolescência. Em: Crianças e Adolescentes. António Castro Fonseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho de 2010.

ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf, acessado em: 8/11/2017.

ONU. Regras de Beijing. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>, acessado em: 3/1/2018.

ONU. Diretrizes de Riad. Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil. Disponível em: www.mdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinasePrincipiosdeRiade.pdf, acessado em: 13/5/2018.

PALMA, Maria Fernanda. O Princípio da Desculpa em Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Direito Penal - Parte Geral - A teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3. ed. Lisboa: AAFDL, abril 2017.

PAUS, Tomás. Desenvolvimento do cérebro na adolescência. Em: Crianças e Adolescentes. António Castro Fonseca (ed.). Coimbra: Almedina, julho de 2010.

POZUELO PÉREZ, Laura. *Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente – Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1127.pdf>, acessado em 12/6/2017.

RACHELS, James. *Created from animals: the moral implications of Darwinism*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. Lei Tutelar Educativa anotada e comentada – jurisprudência e legislação conexa. 2. ed. ver. e actual. Lisboa: *Quid Juris*, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A Lei Tutelar Educativa – entre o passado e o futuro. Em: António Casimiro Ferreira e João Pedroso (coord.) *Justiça Juvenil: A lei, os Tribunais e a (in)visibilidade do crime no feminino*. Porto: Vida Económica, jan. 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid. Civitas Ediciones, 1997.

_____. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 3. ed. Madrid. Civitas Ediciones, 2003.

_____. Problemas fundamentais de direito penal. (trad.) Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

_____. Política criminal e sistema jurídico-penal. (trad.) Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RUDOLPH, Marc D.; MIRANDA DOMÍNGUEZ, Oscar; COHEN, Alexandra o.; BREINER, Kaitlyn; STEINBERG, Laurence; BONNIE, Richard J.; SCOTT, Elizabeth S.; TAYLOR-THOMPSON, Kim; CHEIN, Jason; FETTICH, Karla C.; RICHESON, Jennifer A.; DELLARCO, Danielle V.; GALVÁN, Adriana; CASEY, B.J.; FAIR, Damien A. *At risk of being risky: The relationship between “brain age” under emotional states and risk preference*. Em: *Developmental Cognitive Neuroscience*, vol. 24, 2017, pp. 93-106.

SANTOS, Diogo Filipe Da Fonseca. As neurociências e o direito penal: a propósito do problema da culpa. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEARLE, John. *Situar de nuevo la conciencia en el cerebro*. Em: Bennett, M.R.; Dennett; Hacker; Searle. *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*. New York: Paidós, 2008.

_____. Mente, cérebro e ciência. Lisboa: Edições 70, 2015.

SILVA DIAS, Augusto. “Cérebro social”, diversidade cultural e responsabilidade penal. Em: Maria Fernanda Palma (dir.) *Anatomia do Crime*. n. 3. Coimbra: Almedina, janeiro-junho/2016.

_____. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. Em: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Teresa Pizarro Beleza, Pedro Caeiro, Frederico Lacerda da Costa Pinto (org.) Coimbra: Almedina, 2014.

SLACHEVSKY, Andrea; SILVA, Jaime R.; PRENAFETA, María Luisa; NOVOA, Fernando. *La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral*. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872009000300015; acesado em 10/7/2017.

SOUSA, Pedro Miguel Lopes de. Desenvolvimento moral na adolescência. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0296.pdf>, acessado em: 19/12/2017.

SOUSA MENDES, Paulo. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – em especial no domínio do Direito Penal. Em: *Multiculturalismo e Direito Penal*. Teresa Pizarro Beleza, Pedro Caeiro, Frederico Lacerda da Costa Pinto (org.). Coimbra: Almedina, março, 2014.

SOUSA MENDES, Tiago de. Mente, responsabilidade e psicologia. Em: Maria Fernanda Palma (dir.) *Anatomia do Crime*. n. 3. Coimbra: Almedina, janeiro-junho/2016.

SPOSATO, Karina Batista. *Direito penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEINBERG, Laurence. *A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking*. Em: *Dev Rev*. 2008 March; 28(1): 78-106. Doi:10.1016/j.dr.2007.08.002.

_____; CAUFFMAN, Elizabeth; WOOLARD, Jennifer; GRAHAM, Sandra; BANICH, Marie. *Are adolescents less mature than adults?* Em: *American Psychologist*, October/2009, vol. 64, n. 7, 583-594.

_____. *Adolescent Development and Juvenile Justice*. Em: *Annual Review of*

Clinical Psychology, 2009.

TAMNES, Christian K.; HERTING, Megan M.; GODDINGS, Anne-Lise; MEUWESE, Rosa; BLAKEMORE, Sarah-Jayne; DAHL, Ronald E.; GÜROGLU, Berna; RAZNAHAN, Armin; SOWELL, Elizabeth R.; CRONE, Eveline A.; MILLS, Kathryn L. *Development of the Cerebral Cortex across Adolescence: A Multisample Study of Inter-Related Longitudinal Changes in Cortical Volume, Surface Area, and Thickness*. Em: *The Journal of Neuroscience*: vol. 37, nº. 12, pp. 3402-3412, 2017.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanches. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos; TARRAGA, Maria Dolores Serrano. *Derecho Penal Juvenil*. Madrid: Dykinson, 2005.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Tomo 2. Luis Jiménez de Asúa (trad.). 4. ed. Madrid: Reus, 1999.

WANG, A. Ting; LEE, Susan S.; SIGNAN, Marian; DAPRETTO, Mirella. *Developmental changes in the neural basis of interpreting communicative intent*. Em: *Social Cognitive Affective Neuroscience*, 2006, 1, 107-21.